

MOACYR AMARAL SANTOS

Ministro do Supremo Tribunal Federal; Professor Catedrático de Direito
Judiciário Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo;
Professor Catedrático de Direito Judiciário Civil, da Faculdade de Direito
da Universidade Mackenzie. Professor de Direito Processual Civil da
Universidade Federal de Brasília.

PROVA JUDICIÁRIA
NO
CÍVEL E COMERCIAL

4585

(OBRA LAUREADA PELO INSTITUTO
DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO)

VOLUME II

4.^a Edição correta e atualizada

1971

MAX LIMONAD

Editor de Livros de Direito
RUA QUINTINO BOCAIUVA, 191 — 2.º and.
São Paulo — Brasil

Consiste a confissão judicial no reconhecimento do fato litigioso perante o juízo competente; a extrajudicial no reconhecimento do fato litigioso fora do juízo competente, tenha a forma de declarações orais perante qualquer pessoa, ou escritas, ou ainda seja feito em outros processos ou perante juízo incompetente. Da primeira falar-se-á longamente; da segunda ocupar-se-á um capítulo especial.⁴⁵

Por ora, basta apenas tornar claro que o Cód. de Proc. Civil silencia sobre a confissão extrajudicial. Nem por isso, no entanto, desapareceu essa modalidade de prova no direito brasileiro. Sem embargo de se apresentar a confissão extrajudicial sob a aparência de prova testemunhal ou documental, não resta dúvida que ela não perde o caráter de confissão e não assume natureza de genuíno testemunho ou documento. Este e aquele, quando reproduzem a confissão da parte, isto é, o reconhecimento do fato litigioso feito pela parte, transmitem ao juízo a intenção desta de reconhecer o fato, o *animus confitendi*, ou não a transmitem. Na primeira hipótese, haverá legítima confissão extrajudicial, coisa que não ocorrerá na segunda. No momento próprio, desenvolver-se-á convenientemente o assunto que, diga-se desde logo, é de palpante interesse para o direito probatório.

CAPÍTULO II

NATUREZA E FUNDAMENTO DA CONFISSÃO

- SUMÁRIO:** 16 — Quanto à natureza da confissão: correntes. 17 — Corrente que atribui à confissão natureza convencional. 18 — Fundamentos da confissão. 19 — Fundamento jurídico. 20 — Fundamento psicológico. 21 — Fundamento lógico. 22 — A confissão e os demais meios de prova. 23 — A confissão é simples testemunho? 24 — Corrente que atribui à confissão natureza probatória. 25 — A confissão é ato de disposição de direitos processuais? 26 — O caráter probatório da confissão. 27 — Natureza da confissão segundo o direito pátrio.

16. Divergem os escritores no que se refere à natureza da confissão, formando-se em duas correntes distintas. Conquanto dissídio doutrinário, nem por isso versa questões meramente acadêmicas: desdobra-se em conseqüências práticas assás relevantes.

Uma das correntes, a que se filiam PESCATORRE, MATTIROLO, GROSSI, SALETTERS, GARSONNET, entre outros, atribui à confissão caráter de verdadeiro contrato; outra, de que fazem parte DEMOIGOMBE, LESSONA, RICCI, COVELLO, MORRARA, CHIOVENDA, BETTI, CARNELUTTI, MÁXIMO CASTRO, e muitos outros, entre os quais a quase unanimidade dos escritores pátrios, considera-a legítimo meio de prova.

17. A natureza convencional da confissão já fora focalizada por GOSSIN.¹ Mas quem a difundir, desenvolvendo doutrina em torno ao assunto de forma a grangear adeptos, foi PESCATORRE.

Segundo êsse escritor, na exposição de MATTIROLO,² "a confissão judicial expressa apresenta dois elementos distintos: um, *lógico*; outro, *convencional*. O primeiro, comum a todas as provas, consiste na declaração da verdade, resultante de uma confissão, produzida na solenidade judicial, por uma das partes ou por seu procurador espe-

1º v., n. 515; AUSTINA (Hugo), *Treatado Teorico Prático de Derecho Procesal Civil y Comercial*, ed. 1942, 2º v., p. 237; NEVES E CASTRO, *Teoria das Provas*, n. 73; CLÓVIS BEVILÁQUA, *Cód. Civ. Bras.*, 1º v., p. 389; CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, 3º v., p. 173; *Cód. de Proc. Civil*, 3º v., p. 277; FRAGA, o. c., 2º v., p. 408; REZENDE FILHO, *Curso de Direito Processual Civil*, ed. 1945, 2º v., n. 729; DE PLÁCIDO E SILVA, *Código de Processo Civil*, 2ª ed., 1º v.; notas 353 e 354; FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, 1946, 2º v., n. 799; CUNHA GONÇALVES, *Treatado de Direito Civil*, ed. bras., 13º v., 2º tomo, n. 2.068; BONTUVA, *Direito Processual Civil*, 1946, 2º v., n. 245; MELO FREIRE, o. c., lb. IV, tít. XX, § 1º; PEREIRA E SOUSA, *Primeiras Linhas*, § CCXXXIII e nota 453; LOBÃO, *Segundas Linhas*, nota 428; RAMALHO, *Praxe Brasileira*, § 175; MORAIS CARVALHO, *Praxe Forense*, § 400; PAULA BATISTA, o. c., § 160.

45. Vide ns. 72-81.

1. GOSSIN, citado por LESSONA, o. c., 1º v., n. 375; e por MÁXIMO CASTRO, o. c., 1º v., n. 519.

2. MATTIROLO, o. c., 2º v., n. 683; PESCATORRE, *Logica del Diritto*, parte I, cap. XVI.

cial, contra seu próprio interesse. O segundo, o convencional, está no tácito acôrdo das partes de considerarem, para os efeitos jurídicos que se agitam na lide, como demonstrado, como verdadeiro, o fato reconhecido pela confissão, subtraindo-o, assim, de ulterior contestação".

Para PASCARONE, quem confessa renuncia a tôdas exceções, donde resultar uma verdade convencional, que, se preciso, deve prevalecer sôbre a verdade real.³ Assim, o elemento convencional prepondera sôbre o elemento lógico, que é comum às demais espécies de provas.

Adotando essa teoria, MARTIROLO entende que a confissão judicial expressa "não tem somente o valor de prova: porque a lei a diz *irrevogável* e não admite que ela possa, *regra geral*, ser impugnada com simples prova em contrário?". Mostra esse escritor de como a parte, chamada a depoimento pessoal, sobrepõdo ao interesse pecuniário da causa o interesse do próprio sossego, ou por outros motivos, responde confessando os fatos litigiosos, não obstante duvide de sua veracidade ou mesmo os saiba inverídicos. "Mais tarde, porém, arrependida do que fizera, será possível retratar-se, oferecendo prova em contrário? Não, responde inconcusso cãnon de direito antigo e moderno: — *in iure confessi pro iudicatis habentur: confesões in iure pro iudicatis haberi placent; — in confesum nullae iudicis sunt partis, nisi ad condemnandum?*"⁴

Essa força especial da confissão, — considera MARTIROLO — que derroga os princípios gerais que regem a prova, que regem a lógica das provas, reside no elemento *convencional*, que, prevalecendo sôbre o elemento lógico, atribui à confissão caráter de *contrato*.⁵

Na mesma esteira, com clareza, se encontra a exposição de GORCI.

Não nega êle seja a confissão despida de caráter puramente lógico, comum a tôdas as provas, ou mesmo de caráter legal, que lhe atribui o legislador italiano de 1865. Mas entende que "a eficácia especial", própria à confissão, de dispensar qualquer outra prova, decorre do "caráter convencional e próprio da confissão", eis que por ela se dá "o reconhecimento voluntário do direito alheio", e, exatamente, "por quem podia renunciar ao próprio direito". "Sob êste aspecto, diz, a confissão pertenceria antes aos contratos que às provas."⁶

3. PASCARONE, O. C., *opud* LESSONA, O. e loc. citis.

4. MARTIROLO, O. C., 2.º V., n. 682.

5. MARTIROLO, O. C., 2.º V., ns. 682 e 683.

6. GORCI, O. C., 1.º V., n. 383.

E acrescenta, em nota: "o caráter convencional da confissão não decorre somente do fato de ficar ao juiz vedada a convicção racional, que é substituída pela legal, mas do motivo especial por que isso acontece, que está, precisamente, no *reconhecimento voluntário*, feito por quem é *capaz de renunciar ao próprio direito*. É esta especialidade que afasta a confissão das demais provas verdadeiramente legais, coisa que é olvidada pelos opositores e os leva, pois, a contradizerem-se, quando falam da capacidade do confitente".⁷

18. Que a confissão é legítimo meio de prova, sustenta a segunda corrente: exprime, apenas, o desejo da parte de estabelecer a verdade quanto ao fato tido como litigioso.

Para se compreender melhor a doutrina convém, primeiramente, saber qual o *fundamento da confissão*, isto é, como se justifica reconhecer uma parte como verdadeiro, muito embora isso a prejudique, o fato arguido pelo adversário.

Três são os fundamentos: o *jurídico*, o *psicológico* e o *lógico*.⁸

19. Quando alguém, citado para uma ação de cobrança, comparece em juízo e confessa a dívida, as atenções do juiz voltam-se, imediatamente, para o confitente, no sentido de averiguar se êle é juridicamente capaz. Como pela confissão há reconhecimento de fato, ou de obrigação, o que corresponde a ato dispositivo de obrigarse, natural é que possa exercê-la somente quem no uso e gozo de sua capacidade jurídica.

Ê certo que licito é, a quem possa dispor, reconhecer a verdade dos fatos alegados pelo adversário. A verdade, por princípio de ordem social universal, nunca deverá ser negada ou obscurecida. Reconhecendo a verdade do fato, ou da obrigação, o litigante pratica um dever de ordem social e jurídica. Mas como, com o reconhecimento, pode dar-se o caso de verificar-se ato equivalente ao de disposição de direitos privados — como quando se confessa uma dívida, ou a propriedade ou posse do adversário — o direito exige que, para confessar, seja o litigante juridicamente capaz. Confissão produzida por quem nestas condições é suficiente para que o juiz se pronuncie quanto ao fato confessado. Eis o fundamento jurídico da confissão.⁹

7. GORCI, O. C., 1.º V., nota à pág. 504.

8. LESSONA, O. C., 1.º V., p. 403; MÁXIMO CASTRO, O. C., 1.º V., n. 527; CARVALHO SANTOS, *Código de Processo Civil Interpretado*, 3.º V., p. 275; ASINA (Hugo), *Tratado Teórico Prático de Derecho Procesal Civil y Comercial*, ed. 1942, 2.º V., p. 226.

9. LESSONA, O. e loc. citis.; MÁXIMO CASTRO, O. C., 1.º V., n. 528; CARVALHO SANTOS, O. e loc. citis.; CHIOVENDA, *Instituciones*, § 57.

Considerando relevante sobre os demais o fundamento jurídico, considerando a equiparação entre a capacidade para confessar e a capacidade para obrigar-se, Groer e os de sua corrente¹⁰ vêm na confissão um meio de disposição de direitos privados e lhe atribuem natureza convencional. Ao que redargue CHIOVENDA,¹¹ dizendo que "o processo não é jamais considerado como meio de disposição de direitos privados, visto que a sentença deve declarar direitos existentes e não constituir ou criar direitos novos".

Nisso está, precisamente, uma das diferenças flagrantes entre contrato e confissão. "Aquêle cria um vínculo jurídico, esta reconhece sua existência. O contrato é um estado de fato; a confissão a prova de um estado de fato".¹²

A distinção, assim formulada, não deixa dúvida. Assinala FRAGA, apoiando-se em DEMOLOMBE, que a confissão, "como uma homenagem prestada à verdade e um dever cumprido, não passa do reconhecimento de um fato ocorrido no passado; e, como tal, prova uma obrigação anterior e preexistente, mas não origina por si tal obrigação; portanto, ela não constitui nem um contrato nem uma obrigação".¹³

Poder-se-á objetar que há contratos que regulam obrigações preexistentes, como os que regulam ou dissolvem vínculos jurídicos, e, pois, aquela distinção não é de todo satisfatória. E de redarguir-se, porém, que, ainda aí, a diferença entre contrato e confissão se manifesta clara: por aquêle ter-se-á criado, modificado ou dissolvido obrigação preexistente, é certo; por esta, não se criam, não se modificam, nem se dissolvem vínculos jurídicos, mas apenas se reconhece sua criação, modificação ou dissolução.¹⁴ Cumpre acrescentar, ainda, com LESSONA, que "um contrato que dissolve um vínculo jurídico nunca é objeto de confissão por parte do devedor, porque a confissão deve provar precisamente a existência de um vínculo de quem confessa, não a inexistência. Quem confessa a dissolução de um vínculo, não sendo o credor, cria em seu favor uma liberação: não confessa, por conseguinte, mas apenas faz uma declaração que não é confissão".¹⁵

10. Vide n. 2.

11. CHIOVENDA, o. e loc. citis.
12. LESSONA, o. c., 1.º v., n. 374; MÁXIMO CASTRO, o. c., 1.º v., n. 519; FRAGA, o. c., 2.º v., ps. 407-408.
13. FRAGA, o. e loc. citis; DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoleon*, v. XXX, n. 463.
14. LESSONA, o. e loc. citis.
15. LESSONA, o. e loc. citis.

20. O segundo fundamento da confissão é o psicológico.

Consiste na repugnância, própria à natureza humana, de confessar, ou condenar-se. A confissão é fundamentalmente contrária à natureza humana.¹⁶

Tal a fôça desse princípio, que tem servido de argumento aos que propõem a exclusão da confissão do quadro das provas. QUINTIANO chegou mesmo a dizer: "*ea natura est omnis confessionis, ut possit videri demens qui de se confitetur*".

Nas conclusões dos oponentes à confissão como meio probatório, há evidente exagêro. O princípio da aversão humana à confissão, êsse é verdadeiro. Por instinto de defesa, o homem tende a fugir ou afastar-se daquillo que possa prejudicá-lo, ou contrariar seus interesses.

Assim, quando confessa, quando, por exceção, concorre, com o reconhecimento do fato arguido pelo adversário como verdadeiro, e, pois, contraria a própria natural tendência, se deve compreender existam razões ponderosas para isso. Certa a observação de MALATESTA: "se na consciência humana existe um motivo genérico que se opõe à confissão, motivos há também específicos contrários, que, em casos particulares, impellem a confessar, vencendo àquele motivo genérico que se lhe opõe".¹⁷

Um desses motivos, o principal certamente, que leva o litigante à confissão, consiste na fôrça com que a verdade atua sobre a consciência. Se êle admite e reconhece fatos contrários ao seu interesse, é porque sobre êste prevalece o seu respeito pela verdade, seja impulsionado pelo amor ou consideração à própria verdade, seja por motivos outros que o impellem a ser verdadeiro e não passar por mentiroso. Daí dizer LESSONA que a confissão tem sempre caráter coativo, imposto pela regra moral, que obriga a dizer a verdade.¹⁸ O certo é que "no espírito humano existe sempre um instinto de veracidade, que se opõe à mentira", o qual, irresistível, vencendo a fôrça do interesse contrário que arrastaria à mentira, conduz à confissão.¹⁹

Além desse motivo, outros há que poderão exercer influência no sentido de fazer propender o espírito a confissão. Não parece

16. LESSONA, o. c., 1.º v., n. 403; MÁXIMO CASTRO, o. c., 1.º v., n. 529; MALATESTA, *A Lógica das Provas*, trad. de J. Alves de Sá, 2.º v., p. 294 e ss.; CHIOVENDA, *Principii*, § 61; *Institutiones*, § 57; CARVALHO SANTOS, o. e loc. citis.
17. MALATESTA, o. c., 2.º v., p. 196.
18. LESSONA, o. c., 1.º v., n. 376.
19. MALATESTA, o. c., 2.º v., p. 202.

desacertado dizer-se, ainda com MALATESTA, que ao litigante ocorre sempre a idéia de que, no desenrolar do processo, surjam provas que o confundam, "que tornem inútil toda mentira". "Ele sente então que lhe não resta outro caminho a seguir senão o de dispor por bem o espírito dos julgadores, que é o da confissão verdadeira: e confessa".²⁰

Essas razões são bastantes para concluir-se que, se o litigante admite fatos contrários ao seu interesse, é porque os fatos confessados são verdadeiros.²¹

Aliás, tem a experiência demonstrado que a mentira, ou falsidade, é caso excepcional nas confissões. A regra, quase absoluta, é o predomínio da verdade. "Estas considerações psicológicas são além disso larga e brilhantemente confirmadas pelos fatos: em face da afirmação de que toda confissão se deve considerar falsa, existe o fato contrário de mil confissões em que a verdade do seu conteúdo tem sido verificada em mil julgamentos".²²

O fundamento psicológico da confissão conduz à compreensão da natureza probatória desta. No processo, busca-se a apuração da verdade. A confissão trá-la ao processo. A mesma verdade que seria produzida por outros meios de prova, ou ainda, a verdade que, em alguns casos, por outros meios de prova não se encontraria.

21. O terceiro fundamento é o lógico.

Sómente os fatos são suscetíveis de confissão. Pela confissão se reconhece como verdadeiro fato alegado pela parte contrária.

Ora, os fatos caem sob a observação direta dos sentidos e uma vez percebidos poderão ser, por intermédio da memória, com maior ou menor segurança evocados ou rememorados.

Certamente que, em regra, a percepção dos fatos será mais nítida para aquêle a quem elles interessam ou digam respeito, do que para terceiros, testemunhas eventuais e desinteressadas. Aquê-les, mais do que estas, se acha, pois, em condições de memorá-los com a clareza necessária reclamada pela verdade. O confitente, ao reconhecer verdadeiro um fato, o evoca tal qual os seus sentidos o perceberam. Não será mais digna de crédito a reprodução dos fatos pelo confitente, que representou papel principal ou ao menos importante nos acontecimentos, do que a trazida por terceiros, que apenas desempenharem papel secundário, desinteressados das occur-

rências? Não será mais digna de crédito a própria parte, "por ter representado o principal papel nos acontecimentos por ela referidos, e cujas minuciosas particularidades conhece melhor do que ninguém?" — pergunta MITTERMAIER.²³

Eis aí a razão lógica, justificando a confissão como meio de prova. Lógico é que a reprodução pela própria parte, de fatos que foram sujeitos à sua observação imediata, deverá merecer mais crédito do que qualquer outra emanada de terceiros.²⁴

Por outro lado, rememorar um fato é muito mais fácil do que inventá-lo. Rememorar o fato é reproduzi-lo, com o auxilio da memória, segundo o apreenderam os sentidos. Inventá-lo exige poder de criação, o predomínio da imaginação. Mais fácil é falar a verdade do que mentir. "Dizer a verdade — accentua MÁXIMO CASTRO — é mais fácil do que urdir a mentira, porque aquela não reclama outra coisa que evocar a recordação dos fatos caídos sob o domínio dos nossos sentidos, enquanto que esta requer todo um processo mental de coordenação de circunstâncias falsas a fim de não surgir em dado momento contradição com manifestações anteriores".

Donde, conclui o ilustrado professor argentino, conduzir-nos a lógica a admitir que a declaração feita pela parte corresponde à verdade, "pela maior facilidade que há em dizer a verdade do que em urdir a mentira".²⁵

Pode-se, pois, à vista da razão lógica, que justifica a confissão e a aprecia como meio produtor excelente da verdade quanto aos fatos, concluir que, por mais esse motivo, a confissão se integra entre as provas. Seria contrário à evidência negar à confissão natureza probatória, quando é certo que por ela se chega mais facilmente à verdade relativamente aos fatos litigiosos e, pois, se alcança o fim colimado pela prova.

22. Olvidam os fundamentos da confissão os escritores que lhe atribuem caráter convencional. Qualquer dos fundamentos — o jurídico, o psicológico, o lógico — explica e justifica a natureza probatória da confissão.²⁶

23. MITTERMAIER, *Treatado da Prova em Matéria Criminal*, trad. de ANTÔNIO ALBERTO SOARES, anotado por PONTES DE MIRANDA, 3.^a ed., cap. XXXI, p. 294; LESSONA, O. C., 1.^o V., II, 401.

24. CARVALHO SANTOS, O. C., 3.^o V., p. 276; MÁXIMO CASTRO, O. C., 1.^o V., II, 530.

25. MÁXIMO CASTRO, O. C., e loc. cit.

26. LESSONA, O. C., e loc. cit.; MÁXIMO CASTRO, O. C., e loc. cit.; CARVALHO SANTOS, O. C., e loc. cit.

20. MALATESTA, O. C., e loc. cit.

21. LESSONA, O. C., 1.^o V., II, 401; CARVALHO SANTOS, O. C., e loc. cit.

22. MALATESTA, O. C., 1.^o V., p. 196.

Além, a confissão traz em si vários pontos de semelhança com os demais meios de prova. Como as demais provas, visa ela produzir no processo a verdade relativamente aos fatos litigiosos, levando a convicção, quanto a estes, ao espírito do juiz; como as demais provas, está sujeita às regras processuais probatórias, quanto à sua proposição, admissibilidade, produção, não sendo de todo excluída do critério da avaliação, mesmo podendo, em dados casos, ser desprezada pelo juiz na formação de sua convicção.

23. Há mesmo escritores de sumo respeito que atribuem à confissão caráter de testemunho.

Entre estes, o moderníssimo e acatadíssimo CARNELUTTI,²⁷ para quem a confissão é "um testemunho qualificado pelo sujeito", eis que "o sujeito da confissão é sempre a parte".

O próprio MARTHOLO, que admite à confissão natureza convencional, a qualifica como testemunho: — "A confissão, considerada como prova, é o testemunho que uma das partes faz contra si próprio".²⁸

Sem embargo de ser incluída entre as provas pessoais e orais, revestindo-se assim de vários caracteres peculiares a estas, a confissão não é, no entanto, simples testemunho, isto é, simples declaração de ciência, ou de conhecimento dos fatos litigiosos, o que admitiria prova em contrário.²⁹

BETTI examina a questão e com clareza expõe a diferença entre confissão e testemunho. Para o eminente processualista "a confissão não é simples expressão de ciência desinteressada — isto é, de testemunho — mas reconhecimento da verdade de uma afirmação que teria interesse em contestar, reconhecimento que pressupõe, normalmente, mas não necessariamente, um conhecimento". Mostra, em seguida, que a dissimelhança entre confissão e testemunho ressalta quando se indaga a questão de sua disponibilidade. O testemunho é fornecido por terceiro, em virtude de uma verdadeira obrigação jurídica; a confissão se calca num interesse e num ônus do confitente. "O terceiro é obrigado a manifestar ao juiz toda a própria ciência acêrca dos fatos litigiosos. A parte, ao contrário, não tem — salvo o dever de comportar-se com lealdade e boa fé — obrigação comparável àquela, da testemunha, e tanto isso é certo que suas respostas não estão vinculadas a qualquer juramento".³⁰

27. CARNELUTTI, O. C., 1.º V., n. 311.

28. MARTHOLO, O. C., 2.º V., n. 678.

29. CHIOVENDA, *Institutiones*, 3.º V., n. 327; BETTI, *Diritto Processuale Civile Italiano*, n. 119, p. 497.

30. BETTI, O. e loc. cts.

Na confissão não há apenas mera declaração de ciência: há também, sob certo aspecto, declaração de vontade.³¹ E uma e outra declarações se diferenciam. A eficácia da declaração de ciência está na sua credibilidade apenas, isto é, no seu poder de convicção perante o juiz, enquanto que a declaração de vontade tem por eficácia vincular-se ao juiz, que deve tomá-la como base da decisão: tal como foi confessada. Por outro lado, a declaração de ciência pode ser ilhada por meio de prova em contrário, enquanto que à declaração de vontade fica vinculado o declarante, que não pode revogar a confissão senão por êrro de fato.³²

Diferenciam-se, ainda, a confissão e o testemunho não só quanto ao modo de sua apreciação pelo juiz, como quanto à sua eficácia probatória. A prova testemunhal é avaliada e resulta da convicção que produz no espírito do juiz. A confissão, quando expressa e formal, pode, por si só, atribuir o direito à parte contrária. O assunto se presta a mais amplas especulações, pelo que será mais adiante em lugar próprio, convenientemente tratado.

24. Em contrário aos que concedem natureza convencional à confissão, a doutrina dominante, que reúne civilistas e processualistas clássicos e modernos, na sua quase unanimidade lhe atribui o caráter de prova.³³

31. LOPES DA COSTA, *Diritto processuale civile brasiliano*, ed. 1946, 2.º V., n. 336.

32. ANTONINO CONTIGLIO, *Atto di citazione e confessione giudiziale*, em *Riv. di Diritto Processuale Civile*, 5.º V., parte I, p. 207 e ss., n. 6, 33. DEMOLOMBE, O. e loc. cts.; BELIME, *Philosophie du droit*, 2.º V., p. 661 e ss.; AUBRY ET RAU, O. C., 12.º V., § 751; LESSONA, O. C., ns. 376 e ss.; RICCÌ, *Diritto civile italiano*, 6.º V., n. 465; CHIOVENDA, *Principii*, § 61; CHIOVENDA, *Institutiones*, § 57; BETTI, O. C., § 29, pág. 406; SILVIO LESSONA, *Atto di citazione e confessione giudiziale*, em *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1.º V., parte II, ps. 177 e ss.; COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, 1.º V., § 178; FEDENTI, O. C., 1.º V., n. 79; CARNELUTTI, O. C., 1.º V., n. 311; LIEBMAN, *Corso di diritto processuale civile*, 1952, n. 95; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, 1955, 2.º V., n. 215; MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, 1960, 2.º V., n. 131; ZANUCCI, *Diritto processuale civile*, 1946, 2.º V., p. 56 e ss.; FURNO (Carlo), *Confessione*, ns. 12-13, em *Enciclopedia del Diritto*; ANDRIOLI, *Confessione*, n. 2, em *Novissimo Digesto Italiano*; CONTIGLIO, *Lezioni di diritto processuale civile*, 1940, n. 201; D'ONORIO, *Commento al codice di procedura civile*, 3.ª ed., 1953, 1.º V., n. 552; SERGIO COSTA, *Manuale di diritto processuale civile*, 1955, n. 246 e ss.; NEVES e CASTRO, *Teoria das Provas*, p. 81 e ss.; MÁXIMO CASTRO, O. C., 1.º V., n. 516 e ss.; ALSIMA (HUGO), O. C., 2.º V., p. 224 e ss.; GUSMÃO, *Derecho procesal civil*, 1956, p. 373; GUNHA GONÇALVES, *Tratado de direito civil*, ed. brasileira, 13.º V., 2.º tomo, ns. 2.066-2.067; JOÃO MONTEIRO, O. C., § 153, nota 1; AURELIANO GUSMÃO, *Processo Civil e Comercial*, 2.º V., p. 50 e ss.; CARVALHO SANTOS, O. C., 3.º V., p. 275; BORGES DA ROSA, *Processo*

Partem todos, como DEMOLOMBE e BOSQARI, — e isso já foi exposto anteriormente³⁴ — de uma primeira linha divisória entre confissão e confissão, qual a de que o contrato cria ou modifica obrigações, enquanto que a confissão é uma declaração que se refere ao passado, não engendrando por si mesma uma obrigação. “Ela reconhece sômente, constata uma obrigação anterior e preexistente” — escreve DEMOLOMBE.

Sintetiza RICCI: — “A confissão não é a mesma coisa que confissão; esta consiste na união de dois consentimentos, do que deriva o vínculo jurídico; aquela, ao contrário, não é senão a nua e simples afirmação de um fato. Ora, esta afirmação é por si mesma um ato unilateral; logo, para produzir o seu efeito jurídico, não há necessidade do concurso da outra parte. Daí se tira a consequência de que uma confissão emitida não pode ser retratada por falta de aceitação da parte em favor de quem foi feita, não sendo essa aceitação necessária para que adquira eficácia jurídica”.³⁵

Exatamente no tocante à necessidade ou desnecessidade de aceitação da confissão para que tenha eficácia jurídica se debatem as correntes que atribuem à confissão natureza convencional ou probatória.

Ora, o que vale na confissão é a verdade que dela deflui com referência aos fatos confessados. “Precisamente porque é a afirmação de um fato que uma pessoa faz contra o próprio interesse, a confissão tem a máxima eficácia probatória”.³⁶ O que influi na convicção do juiz é a confissão em si mesma, não é a aceitação da parte contrária, como observa BELIME, no que é repetido por LESSONA, FRAGA e CARVALHO SANTOS.³⁷ Com essa conclusão concordam os juristas que não reconhecem na confissão caráter convencional³⁸ e é concorde o direito pátrio vigente, o Código de Processo Civil, cujo art. 232 dispõe: — “A validade da confissão não depende de aceitação da parte contrária a quem beneficiar”.³⁹ O mesmo princípio

Civil e Comercial, 1.º v., p. 512; MORAIS CARVALHO, *Praxe Forense*, § 394; FRAGA, O. C., 2.º v., p. 407; REZENDE FILHO (Gabriel), O. C., 2.º v., n. 728; BONUMÁ, O. C., 2.º v., n. 246; FREDERICO MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, 1969, 3.º v., n. 795.

34. Vide n. 4.

35. RICCI, *Diritto Civile Italiano*, 6.º v., p. 455.

36. COVELLO, O. C., 1.º v., § 178.

37. BELIME, O. C., 2.º v., p. 665; LESSONA, O. C., 1.º v., n. 458; FRAGA, O. C., 2.º v., p. 408; CARVALHO SANTOS, O. C., 3.º v., p. 311.

38. LESSONA, O. e loc. cit.; RICCI, O. e loc. cit.; COVELLO, O. e loc. cit.; CARVALHO SANTOS, O. e loc. cit.

39. Vide Cap. X. O disposto no art. 232, do Código vigente, não tem correspondente no *Anteprojeto de Código de Processo Civil*, de ALFREDO BUZARD, de 1964.

dominava o direito pátrio antigo, uma vez que ali era exigida a aceitação da confissão, para valer como prova plena, apenas quando, extrajudicial, feita verbalmente em presença da parte.⁴⁰ Os códigos de processo alemão (§ 288) e austríaco (§ 266) consignam o princípio, nos mesmos termos da lei brasileira.

25. Alguns escritores concebem a confissão não como ato de disposição de direitos privados, isto é, não como contrato, mas como ato dispositivo de direitos processuais.⁴¹ Quem confessa, dizem, dispõe de materiais da causa, de tal forma que conduz o juiz à obrigação de aceitar como verdade o fato confessado; quem confessa renuncia o direito de provar, dispondo, pois, de atos processuais.

A isso responde magistralmente CHIOVENDA que “o material da causa não pode ser objeto de disposição das partes”. É certo que o juiz está obrigado a respeitar a confissão da parte, mas não em homenagem à vontade dela, sim porque a lei lhe impõe esse dever como consequência imediata da *afidélidade* das partes. Por outro lado, “não se pode conceber a confissão como renúncia de direito à prova, visto que, não existindo um *dever* de provar, não existe um *direito* à prova que possa ser renunciado; há tão sômente possibilidade de manter atitude passiva, deixando à parte contrária o ônus de provar”.⁴²

26. Cumpre ressaltar que mesmo os escritores que enxergam na confissão natureza convencional não negam de forma perentória seu caráter probatório⁴³ pelo menos em face do direito positivo. Entre êsses, GIORER, talvez o mais ardoroso entre eles, diz mesmo que seria ingenuidade negar, diante do direito positivo italiano, caráter de prova à confissão, eis que como prova é reconhecida pelo Código Civil e pelo Código de Processo. E, mesmo sob o aspecto puramente teórico, o eminente jurista não pôde deixar de afirmar que a confissão efetivamente tem “certo valor probatório”.⁴⁴

Não se pode ocultar que a declaração que uma parte faz contra si própria se reveste de acentuadas razões de credibilidade, quer se

40. RIBAS, *Consolidação das Leis de Processo Civil*, art. 346, § 2.º.

41. LOPES DA COSTA, O. C., 2.º v., n. 337.

42. CHIOVENDA, *Instituciones*, 3.º v., § 57; *Principii*, § 61. Em contrário, UGO ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, 3.º v., 1957, p. 117, para quem a confissão tem o caráter de negócio jurídico unilateral, ou seja, uma declaração de vontade, tendo por conteúdo o reconhecimento da existência de um fato jurídico, ao qual o direito atribui o nascimento, modificação ou extinção de uma relação jurídica.

43. MATTEOLO, O. C., 2.º v., n. 677; GIORER, O. e loc. cit.

44. GIORER, O. e loc. cit.

encare pelo prisma psicológico, quer pelo prisma lógico. Quando uma parte declara contra si, quando reconhece verdadeiro um fato contrário ao próprio interesse, existem as maiores probabilidades de que a declaração seja verdadeira.

Nela vai o juiz encontrar a verdade com referência ao fato. A convicção do juiz decorre da ciência e da convicção do confitente com referência ao fato confessado que, implicitamente, estão contidas na confissão. "Convicção e conhecimento que — escreve BETTI — revelando-se da parte de quem tem interesse contrário, parecem ao legislador — segundo experiência dos casos normais — suficientes para justificar a ligação de que o fato realmente seja verdadeiro, sem que ao juiz, como acontece no processo penal, ocorra dever de apurar caso por caso".⁴⁵

Com efeito, é normal que ninguém preste declarações reconhecendo como verdadeiro um fato contrário ao próprio interesse. Mas quando as presta, compreende-se que isso o faça por estar realmente convencido quanto à verdade do fato, a elas sendo levado por força da regra moral. Por outro lado, a experiência tem verificado que, regra geral, quando a parte, a quem o fato prejudica, está convencida da verdade do fato, êste efetivamente é verdadeiro.⁴⁶

Instrumento idôneo, assim, para formar a convicção do juiz no tocante aos fatos litigiosos, corresponde a confissão, pois, a legítimo meio de prova.

Não se veja nela um negócio jurídico, unilateral ou bilateral, em que é predominante a declaração de vontade. Prepondera, é certo, a declaração de ciência, mas uma declaração de ciência voluntária, afirmação, reconhecimento da verdade relativamente a um fato. "Não se afirma que se quer qualquer coisa, mas se afirma que se reconhece como verdadeiro um fato".⁴⁷ A vontade de confessar, o *animus confitendi*, reforça e qualifica a declaração de ciência, de forma a ter eficácia suficiente correspondente à eficácia que a convicção da verdade produz no espírito do juiz.

Exatamente por isso a própria lei, em geral, já atribui à confissão a respectiva eficácia. E muitos autores não a encaram senão sob êsse aspecto. "A consequência da irretratabilidade da confissão, a da sua eficácia vinculadora ao convencimento do juiz, derivam só e exclusivamente da lei; não são queridas por si mesmas, nem correspondem ao efeito prático querido, porque outra coisa não se pode pensar que se entenda fazer com a confissão senão dizer a

verdade". Mesmo o elemento "capacidade jurídica" para obrigarse, indispensável ao confitente, para eficácia da confissão, não des-natura a natureza probatória desta, por isso que aquela condição não deflui da índole jurídica da confissão, mas das suas consequências práticas, em regra danosas ao confitente.⁴⁸

Negar à confissão natureza probatória, apenas porque por ela fica a parte contrária dispensada do ônus da prova, à evidência é mostrar desconhecer questões que não se confundem: a referente a quais sejam os meios de prova e a relativa ao ônus da prova. O problema do ônus da prova não repudia a confissão como prova. Se provar cabe a quem tem interesse em demonstrar a verdade dos fatos alegados, nem por isso deixará de haver prova quando exatamente quem podia permanecer inativo se propõe a produzi-la. Por isso mesmo escreve COVELLO que a confissão difere dos demais meios de prova apenas porque é fornecida por quem, em regra, não tem interesse de provar, isto é, por quem poderia permanecer passivamente no tocante à instrução do processo. Mas — acentua — "meio de prova é qualquer meio idôneo para formar a convicção do juiz, seja fornecido por quem o fôr".⁴⁹

27. Dessa orientação não discrepam o direito pátrio, antigo ou vigente, e os nossos juristas.

Já as Ordenações do Reino se referiam expressamente à confissão como meio de prova,⁵⁰ o mesmo fazendo os escritores que pontificaram durante a sua vigência,⁵¹ portugueses ou brasileiros.

O Regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850, art. 138, a incluía expressamente entre os meios de prova e lhe traçava as regras fundamentais (arts. 155 a 163). Os códigos de processo dos Estados da União mantiveram o mesmo sistema.⁵²

Também expressamente a inclui entre os meios de prova o Código Civil brasileiro, art. 136. O Cód. de Proc. Civil vigente, art. 208, dispõe que "*são admissíveis todas as espécies de prova reconhe-*

48. COVELLO, o. e loc. cit.; CHIOVENDA, o. e loc. cit.

49. COVELLO, o. e loc. cit.

50. Ord., liv. 1.º, tit. 52, pr.; tit. 53, § 9.º; liv. 4.º, tit. 18; etc.
51. MERO FERREIRA, o. c., liv. IV, tit. XX, *Segundas Linhas*, nota 426 e ss.; PEREIRA E SOUSA, § CCXXI; MORAIS CARVALHO, o. c., §§ 393 e ss.; SOUSA PINTO, o. c. §§ 1.063 e ss.; RAMALHO, *Praxe Brasileira*, § 175 e ss.; RIBAS, o. c., arts. 326 e 340 e ss.; PAULA BATISTA, o. c., §§ 138 e 160 e ss.

52. Cód. de Pernambuco, art. 261; da Bahia, art. 135; do Espírito Santo, art. 160; de Minas, art. 265; do Rio Grande do Sul, art. 368; do Distrito Federal, art. 181; de São Paulo, art. 263.

45. BETTI, o. c., n. 119, p. 406.

46. CHIOVENDA, *Principii*, § 61, p. 818; *Instituciones*, 3.º v., § 57.

47. COVELLO, o. e loc. cit.

ciadas nas leis civis e comerciais”, reafirmou os arts. 136, do Cód. Civil, e 138, do Reg. n. 737, de 1850,⁵³ que consagram a confissão como prova civil e comercial, respectivamente. Além do que o Cód. de Processo alinha as regras mestras da confissão, nos arts. 229 a 234, no cap. IV, intitulado — “Do Depoimento Pessoal e da Confissão”, do liv. 2.º, título VIII, que tem por epígrafe — “Das Provas”.

Os processualistas patricios mais ilustres, da época contemporânea, João Mendes Júnior, João Monteiro, Aureliano Gusmão, Espínola, Jorge Americano, Pedro Batista Martins, Carvalho Santos, Fraga, Câmara Leal, Borges da Rosa, De Plácido e Silva, Bonumá, Pontes de Miranda, Rezende Filho, Frederico Marques, e muitos outros, que seria longo enumerar, não divergem nesse particular, sendo unânimes em atribuir à confissão natureza probatória.⁵⁴

53. Vide 1.º vol., cap. V.

54. João Mendes Júnior, *Direito Judiciário Brasileiro*, ed. de 1910, p. 140; João Monteiro, o. c., § 152, nota 1; Aureliano Gusmão, o. e loc. cit.; Espínola, *Cód. de Proc. da Bahia*, arts. 174-175; Jorge Americano, *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, 2.ª ed., 1.º v., p. 348 e ss.; Carvalho Santos, o. e loc. cit.; Fraga, o. e loc. cit.; Câmara Leal, *Código de Processo de S. Paulo*, 2.º v., p. 40 e ss.; De Plácido e Silva, o. e loc. cit.; Bonumá, *Direito Processual Civil*, ed. 1948, 2.º v., n. 246; Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, ed. 1947, 2.º v., p. 202; Rezende Filho (Gabriel), o. c., 2.º v., n. 728; Frederico Marques, *Instituições de direito processual civil*, 3.º v., n. 795.

CAPÍTULO III

ELEMENTOS DA CONFISSÃO

SUMÁRIO: 28 — Quais os elementos da confissão. I — Elemento objetivo. 29 — Só os fatos são suscetíveis de prova. 30 — Quais fatos podem ser confessados. 31 — Fatos criminosos ou difamatórios. 32 — Fatos de caráter permanente. 33 — O direito não é suscetível de confissão. 34 — O direito estadual, municipal, costumeiro, singular e estrangeiro e a confissão. 35 — Ainda o direito costumeiro e a confissão. 36 — Questões de fato que parecem de direito. II — Elemento subjetivo. 37 — O sujeito da confissão é a parte. 38 — Capacidade do confitente. 39 — Confissão de cônjuge em causas relativas a imóveis. 40 — A mulher casada e a confissão. 41 — A mulher comerciante. 42 — Menores púberes. 43 — Pródigos. 44 — Selvícolas. 45 — Falidos. 46 — Representantes legais dos incapazes. 47 — Confissão por procurador. 48 — Pessoas jurídicas de direito privado. 49 — Pessoas jurídicas de direito público interno. 50 — Declarações que não constituem confissão. III — Elemento intencional. 51 — Elemento intencional: do que se compõe. 52 — A forma: uma declaração. 53 — A vontade na confissão. 54 — O “animus confitendi”.

28. Do próprio conceito de confissão deduz-se que se decompõe ela em elementos que dizem respeito ao seu objeto, ao sujeito que a presta e à intenção que o anima ao produzi-la.¹

I — ELEMENTO OBJETIVO.

29. Só os fatos são suscetíveis de prova;² não o direito.³ Meio de prova, que é, a confissão só se refere a fatos.

1. LESSONA, o. c., 1.º v., n. 385; Máximo Castro, o. c., 1.º v., n. 644; João Monteiro, o. c., § 144; Borges da Rosa, o. c., 1.º v., p. 542; Jorge Americano, *Processo Civil e Comercial*, ed. 1925, p. 30; Alesina, o. c., 2.º v., p. 225.

2. Vide 1.º v., cap. XII.

3. Vide 1.º v., caps. XII e XIII.

Daí dizer-se que o objeto da confissão são os fatos.⁴
Princípio pacífico, hoje sem opositor.

Já acolhido no regime das Ordenações,⁵ no do Reg. n. 737, de 1850, vem proclamado pelos escritores nacionais e portugueses das suas gerações.⁶ Igualmente reconheceram-no os códigos de processo das unidades da Federação,⁷ especialmente os dos Estados de Santa Catarina e de São Paulo, bem como o do Distrito Federal, que dispunham, expressamente, que a confissão devia "versar sobre fatos da causa".

Não dissecando do direito tradicional, o Cód. de Processo Civil, conquanto sem disposição expressa, manteve idêntico princípio, que é um dos princípios cardiais do direito probatório. Desnecessário pareceu ao legislador, depois de incluir a confissão entre os meios de prova, reproduzir para ela uma regra que é comum a todos êles.^{7-A}

30. Mas nem todos os fatos precisam ser provados, nem todos são suscetíveis de ser provados, nem todos podem ser provados.

Meio de prova, a confissão está sujeita às regras em que se assenta o direito probatório, inclusive àquelas que dizem respeito

4. LESSONA, O. C., 1.º v., n. 386; RICCÍ, *Delle Prove*, n. 233; LAVRENTI, O. C., 2.º v., n. 156; BETTI, O. e LOC. CITS.; CHIOVENDA, *Principii*, § 61; MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, 2.º v., n. 131; ANDRIOLLI, *Confessione*, n. 4, em *Novissimo Digesto Italiano*; FURNO, *Confessione*, n. 8, em *Enciclopedia del Diritto*; LIBERMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, 2.º v., n. 216; LIBERMAN, *Corso di diritto processuale civile*, n. 95; ROSENBERG, *Tratado de derecho procesal civil*, trad. de ANGELA ROMERA VERA, 1955, 2.º v., § 113; GUASP, *Derecho procesal civil*, p. 375; MÁXIMO CASTRO, O. C., 1.º v., n. 568; JOÃO MONTENHO, O. e LOC. CITS.; BONTUM, O. C., 2.º v., n. 246-B; PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, ed. 1947, 2.º v., p. 210; ALSINA, O. C., 2.º v., p. 234; CUNHA GONÇALVES, *Tratado de direito civil*, 13.º v., 2.º tomo, ns. 2.066-2.067.

5. *Ord. Afonsinas*, liv. 3.º, tít. 58; *Ord. Manuelinas*, liv. 3.º, tít. 40; *Ord. Filipinas*, liv. 3.º, tít. 53.

6. MELO FREIRE, O. C., IV, tít. XX, § 2.º; PEREIRA e SOUSA, ed. *TEIXEIRA DE FREITAS*, § 225, nota 457; LOBÃO, O. C., nota 431; NAZARETH, *Elementos de Processo Civil*, 1.º v., § 406; MORAIS CARVALHO, O. C., § 394; SOUSA PINTO, *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil*, 2.º v., § 1.076; RAMALHO, *Praxe Brasileira*, § 176; BENTO DE FÁRIA, *Reg. n. 737*, nota ao art. 155.

7. Cód. de Pernambuco, art. 262 c/c. art. 292; da Bahia, art. 166, c/c. art. 238, "b"; do Espírito Santo, art. 163 c/c. art. 177; Rio de Janeiro, art. 1.238 c/c. art. 1.254; do Distrito Federal, art. 191; de São Paulo, art. 275; de Santa Catarina, art. 700; do Rio Grande do Sul, art. 399 c/c. art. 412, "c".

7-A. ALFREDO BUZARD, *Anteprojeto de Código de Processo Civil*, 1964, torna expresso que a confissão tem por objeto fatos.

à incidência da prova, entre as quais se incluem as relativas às condições dos fatos que precisam, não precisam, devem ou não podem ser provados.⁸

Contudo, nem todos os fatos suscetíveis de prova o podem ser por confissão, dada a natureza desse meio probatório. É certo que pela confissão uma das partes, com ânimo de obrigá-lo, reconhece como verdadeiro fato alegado pelo adversário. Daí concluir-se que o fato, para ser confessado, deva ser

- a) — próprio e pessoal do confitente;
- b) — favorável à parte que o invoca e desfavorável ao confitente;
- c) — suscetível de renúncia;
- d) — não sujeito a forma especial.⁹

a) — *Próprio e pessoal* do confitente deve ser o fato, no sentido de que lhe diga respeito. Se o fato, ou obrigação, fôsse de terceiro, a declaração do confitente, reconhecendo-o verdadeiro, não teria senão o efeito de testemunho.

b) — *Esse princípio é completado por outro, qual o que redeclama que os fatos sejam contrários aos interesses do confitente e favoráveis à parte que os invoca*.^{9-A}

Na verdade, ninguém pode criar prova em seu favor, ou fazer prova em seu próprio benefício. Consente a razão seja alguém admitido a declarar contra si mesmo, devendo-se entender que semelhante declaração decorre da influência da verdade sobre o declarante, mas não consente deponha alguém em seu próprio favor, porque seria permitir que a influência do interesse se sobrepusesse à da verdade.¹⁰

Insuficiente é, porém, que a declaração do confitente não lhe seja favorável. Mistér é que seja contrária aos seus interesses. "Porque — escreve LESSONA — se fôsse contrária a um terceiro, ou a uma das partes, e não àquela que a emite, não se trataria, como é

8. Vide 1.º vol., cap. XII.

9. LESSONA, O. C., 1.º v., n. 390 e ss.; MÁXIMO CASTRO, O. C., 1.º v., n. 568; FRAGA, O. C., 2.º v., p. 405; NEVES e CASTRO, O. C., n. 96; JORGE AMERICANO, O. C., ps. 41 e ss.; ALSINA, O. C., 2.º v., p. 234.

9-A. ALFREDO BUZARD, *Anteprojeto de Código de Processo Civil*, 1964, art. 378: "Há confissão quando a parte reconhece a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário". A confissão é judicial ou extrajudicial.

10. RICCÍ, O. C., n. 233; MATTEIRO, O. C., 2.º v., n. 674; LIBERMAN, *Curso di diritto processuale civile*, n. 95; LIBERMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, 2.º v., n. 216; FURNO, *Confessione*, n. 8, em *Enciclopedia del Diritto*; ALSINA, *Tratado teorico práctico del derecho procesal civil y comercial*, 2.º v., p. 234.

evidente, de uma confissão".¹¹ Isto é, é preciso que a confissão se apresente como uma *contra se pronuntatio*.

Mesmo porque a confissão deve prejudicar apenas ao confitente, não prejudicando em absoluto a terceiros, consoante a máxima de PAVANNO: *non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri*.¹² Aliás é essa regra tradicional no direito pátrio, que a herdou do direito português.¹³

"A confissão que se referisse a terceiros pessoas — escreve NEVES e CASTRO, — perderia este nome para ter o de testemunho. É por esta razão que não prejudica o fiador aquela que é feita pelo devedor com o fim de lhe aumentar a obrigação. Da mesma sorte não é válida a confissão de um pai que se declara devedor a um filho, ainda que em testamento".¹⁴

Sôbre o assunto, anotando a PEREIRA E SOUSA, escreve TEIXEIRA DE FREITAS: — "A confissão, a respeito de terceiro, não é verdadeiramente uma confissão; mas um testemunho, que se deve regular pela doutrina da prova testemunhal. Assim, a confissão, que faz o marido de haver recebido o dote da mulher, só a êle prejudica, e não aos credores. A confissão de um sócio, ou de um co-herdeiro, não prejudica a outro; a do procurador, tutor, ou curador, não prejudica ao constituinte, ao pupilo, ou ao menor; a do prelado não prejudica a Igreja; a do devedor não prejudica ao fiador para lhe aumentar a obrigação; nem, também, sendo a favor de um credor, prejudica a outros credores".¹⁵

A regra constava do Reg. n. 737, de 1.850, art. 161, que dispunha que a confissão "sômente prejudica ao confitente, aos seus herdeiros, e não ao terceiro ainda que seja co-herdeiro, co-obrigado ou sócio". Reproduziram-na RIBAS e CÂNDIDO DE OLIVEIRA FILHO, em suas consolidações, bem como os códigos de processo dos Estados.¹⁶ O Cód. de Processo Civil, art. 231, consagra-a, dispondo: — "A

11. LESSONA, o. c., 1.º v., n. 391.

12. D., 50, 17, 74; NEVES e CASTRO, o. e loc. cit.; JORGE AMERICANO, *Processo Civil e Comercial*, p. 41; TEIXEIRA DE FREITAS, notas 472 e 473 a PEREIRA E SOUSA; PEREIRA E SOUSA, o. c., § 230.

13. PEREIRA E SOUSA, o. c., § 230; LOBÃO, o. c., nota 448; NEVES e CASTRO, o. e loc. cit.; JORGE AMERICANO, o. e loc. cit.; BENTO DE FARIA, *Reg. n. 737*, nota ao art. 161; CÂMARA LEAL, *Código do Processo do Estado de São Paulo*, 2.º v., p. 47.

14. NEVES e CASTRO, o. e loc. cit.

15. TEIXEIRA DE FREITAS, a PEREIRA E SOUSA, nota 473.

16. RIBAS, *Cons. das Leis de Processo Civil*, art. 364; CÂNDIDO DE OLIVEIRA FILHO, *Consolidação*, art. 1.099; Código da Bahia, art. 706; do Estado do Rio, art. 1.243; do Distrito Federal, art. 199; de São Paulo, art. 279; de Santa Catarina, art. 706; do Rio Grande do Sul, art. 405.

confissão produzirá efeitos em relação apenas ao confitente e a seus herdeiros e não prejudicará os litisconsortes..."¹⁷ e a

Assunto que será ventilado mais adiante, quando se tratar dos efeitos da confissão,¹⁷ vem agora à baila apenas para mostrar que, para haver confissão, indispensável é que o fato ou obrigação confessados sejam contrários aos interesses do confitente.

Além disso, e mesmo em consequência disso, o fato confessado deve ser favorável aos interesses da parte contrária ao confitente, eis que por meio da confissão libera o adversário do ônus da prova.

c) — O fato, ou obrigação, deve ser de natureza suscetível de renúncia.¹⁸

Quem confessa renuncia o próprio direito e atribui o direito ao adversário. Mas há direitos inalienáveis, cuja renúncia é inopertante, e, pois, os fatos, ou obrigações, que os traduzem, não são suscetíveis de confissão. Donde, ineficaz é a confissão, e, pois, inadmissível, quando dela resulta a perda de direitos que o confitente não pode renunciar ou sôbre que não possa transgír,¹⁹ e pois nesses casos os princípios de ordem pública prevalecem sôbre a vontade das partes.²⁰

16-A. Alfredo Buzaid, *Anteprojeto de Código de Processo Civil*, art. 380.

17. Vide cap. VIII.

18. LESSONA, o. e loc. cit.; PONTES DE MIRANDA, a NEVES e CASTRO, p. 120; JORGE AMERICANO, *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, 2.ª ed., 1.º v., p. 353.

19. NEVES e CASTRO, o. e loc. cit.; PONTES DE MIRANDA, a NEVES e CASTRO, p. 120; JORGE AMERICANO, *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, 2.ª ed., 1.º v., p. 356; LIEBMAN, *Curso de direito processuale civile*, n. 95; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, 2.º v., n. 216; CONIGLIO, *Lezioni di diritto processuale civile*, n. 201; ANDRINO-LI, *Confessione*, n. 4, em *Notissimo Digesto Italiano*; CUNHA GONÇALVES, *Tratado de direito civil*, 13.º v., 2.º tomo, n. 2.071.

19-A. Alfredo Buzaid, *Anteprojeto de Código de Processo Civil*, 1964, art. 381: — "Não vale como confissão o reconhecimento, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis".

20. NEVES e CASTRO, o. e loc. cit.; BONUMÁ, o. c., 2.º v., n. 248. "Importando a confissão em transação, nenhum é o valor daquela em questão que verse o estado civil da pessoa, porque a transação só existe quanto aos direitos patrimoniais" (Sentença do dr. GANCER NETO, em *Arguente Judiciário*, 66/72).

"Onde a transação não seja admitida, como em matéria de casamento, não há lugar para a confissão da ação e muito menos para a prova do silêncio" (Ac. do Supremo Tribunal Federal, rel. Ministro OROZIMBO NONATO, em *Revista Forense*, 120/120).

"Em ações de estado não se admite como prova a simples confissão, ainda menos a "ficta", pelo que, apesar da revelia do réu, a autora está obrigada a provar o alegado" (Ac. do T. J. do Distrito

“Assim — anota PONTES DE MIRANDA — a confissão dos cônjuges, de que se casaram pelo regime da separação de bens, não destrói, só por si, a presunção legal de que os cônjuges de ordinário se casam pela comunhão universal. A confissão não prova também em nulidade de casamento. Se o marido confessa ser pai de sua mulher, esta confissão não basta para provar o incesto e a correspondente nulidade absoluta do matrimônio. O Código Civil brasileiro (art. 346) deu um exemplo, expressamente: “Não basta confissão materna para excluir a paternidade”.²¹

d) O fato, ou obrigação, deve ser de natureza que a sua prova não reclame forma especial.²²

Vem o princípio, que é tradicional no direito pátrio, reconhecido nos arts. 129, 130 e outros, do Cód. Civil. Dispõe o art. 129: — “A validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente o exigir”. E o art. 130: — “Não vale o ato que deixar de revestir a forma especial, determinada em lei, salvo quando esta comine sanção diferente contra a preterição da forma exigida”.

Dita tais princípios preceito universalmente acatado: — *ius publicum privatorum pacis mutari non potest*. Por uma razão de ordem pública, cujas normas são invioláveis, superior à vontade dos contratantes, a lei estabelece para certos atos forma especial. A preterição desses preceitos de ordem pública, mesmo referentes à forma dos atos jurídicos, importa em nulidade insuprível. É a própria lei que declara ser nulo o ato jurídico “quando não revestir a forma prescrita em lei” (Cód. Civil, arts. 145 n. 3, 82 e 130).

Em consequência, “a confissão não pode suprir entre as partes contratantes a escritura pública ou a particular que fôr da essência ou substância do contrato, na forma das leis em vigor.”²³ Está contida essa regra no art. 136, do Cód. Civil, que exclui de prova

Federal, rel. des. ALMEIDA SODRÉ, *apud* ALEXANDRE DE PAULA, *O Processo Civil à luz da Jurisprudência*, 13.º v., n. 19,885, p. 406).

Mas também já se decidiu que “em ação de despeite, faz prova plena a confissão da culpa, que se infere dos fatos narrados pelo réu em sua defesa, e que encontra confirmação nos depoimentos das testemunhas” (Ac. do T. J. do Rio de Janeiro, rel. des. ADEL DE MAGALHÃES, *apud* ALEXANDRE DE PAULA, o. c., 11.º v., n. 16,197, p. 168).

21. PONTES DE MIRANDA, o. e loc. cit.

22. NEVES E CASTRO, o. e loc. cit.; PONTES DE MIRANDA, o. e loc. cit.; BENTO DE FARIA, *Reg.* 737, nota ao art. 159; JORGE AMERICANO, *Processo Civil e Comercial*, p. 36; FRAGA, o. c., 2.º v., p. 429; MÁXIMO CASTRO, o. c., 1.º v., n. 573; BONTUMÁ, o. c., 2.º v., n. 246; PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.º v., p. 216. Cf. ANDRIOLI, *Confessione*, n. 4, em *Novissimo Digesto Italiano*.

23. JORGE AMERICANO, o. e loc. cit.

pelos meios comuns, qual a confissão, os atos jurídicos a que se impõe forma especial. Princípio tradicionalmente reconhecido no direito pátrio, era expressamente previsto no Reg. n. 737, de 1850, art. 159, bem como na *Consolidação* de CÂNDIDO DE OLIVEIRA FILHO e ainda por códigos de processo dos Estados.²⁴ O Cód. de Processo Civil reproduz a regra, no art. 233: — “Os erros da ação ou do processo serão sanados pela confissão, que, todavia, não suprirá a escritura pública, quando da substância do contrato”.

“Se a confissão pudesse suprir formas essenciais dos contratos — escreve JORGE AMERICANO — a razão superior cederia à vontade dos contratantes, que, depois de haver burlado a lei, deixando de praticar o ato essencial, sanariam a sua falta confessando em juízo determinados fatos para validar o ato nulo.”²⁵

Assim, por meio de confissão não se provariam pactos antenupciais ou adoções, porque tais fatos só podem ser provados mediante escritura pública (Cód. Civil, art. 134, n. I); nem tão pouco contratos constitutivos ou traslativos de direitos reais, porque para estes a prova, se de valor superior a dez mil cruzeiros, há de ser necessariamente a escritura pública (Cód. Civil, art. 134, n. II); se de valor inferior, o instrumento particular.²⁶

31. Discute-se se os fatos criminosos ou difamatórios são suscetíveis de confissão.

Presta-se a matéria à vasta controversia.

Para dirimi-la, mister é se distingam as hipóteses de confissão espontânea e por depoimento pessoal.

Certamente, na confissão espontânea, pela qual a parte, sem provocação do adversário, comparece em juízo e reconhece o fato imoral, difamatório ou criminoso, alegado por este, sempre parará dúvida quanto ao valor probante da confissão. O princípio segundo o qual é contrário à natureza humana confessar, dado o caráter do fato confessado — imoral, criminoso ou difamatório — prevalece, à vista da finalidade probatória de produzir convicção no espírito do julgador, sobre o princípio que atribui à verdade mais força que ao interesse. Mas nem por isso se deve considerar inadmissível a prova de tais fatos por meio de confissão. Os fatos alegados na

24. CÂNDIDO DE OLIVEIRA FILHO, *Consolidação*, arts. 1,086 e 1,087; Código de Pernambuco, art. 267; da Bahia, arts. 171 e 172; de Minas, art. 269; do Rio de Janeiro, art. 1,242; do Distrito Federal, art. 195; do Rio Grande do Sul, art. 404.

25. JORGE AMERICANO, o. e loc. cit.

26. A confissão não substitui a escritura pública e não é modo de retificar ato anulável” (Ac. T. J. do Rio Grande do Sul, em *Revista Forense*, 96/674).

causa, e dos quais importem conseqüências jurídicas, devem e podem ser provados por todos os meios admissíveis em direito, inclusive confissão, pelo que seria injurídico negar-se a admissibilidade desta para sua demonstração, só por serem difamatórios, imorais ou criminosos.

Mas com ser admitida a confissão não quer dizer que a prova dos fatos reconhecidos esteja feita. Entra aí, como em geral na apreciação da prova, o critério do juiz, aplicando-se, com carradas de razão, o princípio exarado no art. 118, do Cód. de Proc. Civil: — “Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes”.²⁷ Aliás, como com referência às demais provas, o juiz só empresta valor à confissão “quando se convence de que traduz a realidade. De outra forma, nega-lhe qualquer valor, alegando a sua inverossimilhança ou outra razão qualquer que, segundo o sistema vigente de provas, lhe retire toda força probante”.²⁸

Na segunda hipótese, tratando-se de confissão por meio de depoimento, e, pois, confissão provocada, a solução do assunto, que merecerá mais largas considerações em momento apropriado,²⁹ encerra maiores dificuldades. Porque a parte, então, é solicitada e mesmo constrangida a confessar, e princípios de moral e de equidade natural se levantam em protesto contra isso, segundo a regra que ninguém é obrigado a confessar a própria torpeza.

32. Também se indaga se os fatos de caráter permanente são suscetíveis de prova por meio de confissão.

Pela negativa se manifesta RICCI, que entende deverem tais fatos ser verificados por outros meios probatórios, e, especialmente, pela verificação judicial ou pericial.³⁰

Para prova de tais fatos, na verdade, não parece seja a confissão o meio mais apropriado, eis que outros mais seguros existem. Confessar a existência de um córrego, de uma colina, de uma rua, coisas convincentemente apuráveis por uma vitória, é abandonar-

27. Vide cap. XI, Vide 1.º v., cap. XVIII. ALFREDO BUZARD, *Anteprojeto* cit., art. 149.

28. CARVALHO SANTOS, O. C., 2.º v., p. 154; HERCOTINS DE LIMA, *Comentários ao Código de Processo Civil Brasileiro*, 1.º v., p. 425. Cf. CHIOVENNA, *Principii*, p. 819; ANDRIOLI, *Confessione*, n. 4, em *Novissimo Digesto Italiano*, CUNHA GONÇALVES, *Tratado de direito civil*, 13.º v., 2.º tomo, n. 2.071, propende pela inadmissibilidade da confissão sobre fatos criminosos.

29. Vide cap. V.

30. Ricci, o. e loc. citis.

se melhor meio de prova, o que é contrário aos princípios gerais do direito probatório.

Contudo, a opinião de LESSONA e MÁXIMO CASTRO, admitindo, para tais fatos, a confissão, é mais sensata e mesmo lógica. “Verdade é — escreve o primeiro — que, se com um interrogatório se quer provar um fato permanente, o juiz poderá negar-lhe eficácia e ordenar a prova pericial; porém, poderá igualmente admitir o interrogatório”.³¹ Em face do direito pátrio vigente, que concede ao juiz o poder de formar livremente sua convicção (Cód. de Proc. Civil, art. 118) e ordenar: “*ex officio*”, as diligências necessárias à instrução do processo (Cód. de Proc. Civil, arts. 117, 294, n. IV),³² essa opinião é perfeitamente acertada. Segundo seja a confissão, o confitente, a natureza do fato confessado, a matéria controvertida, caberá ao juiz resolver se lhe basta aquêle meio de prova ou se se torna necessário outro, mais seguro, para formar sua convicção.

33. O direito não é suscetível de confissão.³³

Em outra parte deste trabalho³⁴ foi já assunto de longas considerações que o direito não depende de prova, salvo o direito estadual, municipal, costumeiro, singular ou estrangeiro (Cód. de Proc. Civil, art. 212).^{34-A} Parece, por isso, desnecessárias maiores indagações. Como o direito não é objeto de prova, não é ele suscetível de confissão. “A confissão, *psicologicamente* válida — diz JORGE AMERICANO — pois só o poder da verdade leva ordinariamente os homens a reconhecer os fatos favoráveis ao adversário, não seria *juridicamente* válida, quando reconhecesse uma regra jurídica diversa da que rege a matéria. Estando em contraposição à regra jurídica aplicável, a confissão seria absurda; sendo prestada no sentido da regra aplicável, seria pelo menos inútil porque, estabelecidos os fatos, a função do juiz é exatamente essa de dizer qual a regra jurídica aplicável”.³⁵

31. LESSONA, O. C., 1.º v., n. 389; MÁXIMO CASTRO, O. C., 1.º v., n. 574.

32. Vide 1.º v., capítulos XIII, XVIII e XIX. ALFREDO BUZARD, *Anteprojeto* cit., arts. 148, 149.

33. LESSONA, O. C., 1.º v., n. 386; MATUROLO, O. C., 2.º v., n. 674; RICCI, O. e loc. citis.; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, 2.º v., n. 216; ANDRIOLI, *Confessione*, n. 4, em *Novissimo Digesto Italiano*; GUASP, *Direito processual civil*, p. 376; JOÃO MONTEIRO, O. C., § 144 e nota 12; TELLEIRA DE FREITAS e PEREIRA E SOTUSA, nota 457; NEVES E CASTRO, O. e loc. citis.; JORGE AMERICANO, *Processo Civil e Comercial*, p. 35; CÂMARA LEM, *Do depoimento pessoal*, n. 25; BORTUHA, O. C., 2.º v., n. 246-B; PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.º v., p. 210.

34. Vide 1.º v., capítulos X e XII.

34-A. ALFREDO BUZARD, *Anteprojeto* cit., art. 366.

35. JORGE AMERICANO, O. e loc. citis.

No direito pátrio, êsse princípio sempre teve acolhida, sem necessidade de texto expresso a respeito. Vem deduzido, como corolário lógico, do princípio segundo o qual só os fatos são suscetíveis de prova, e passou a ser observado pela sua longa prática. A propositio escreve JOÃO MONTEIRO: "Desde a mais antiga prática não se admitiam as *positiones iuris*, quer dizer, artigos de direito para base de interrogatório. E estas eram as duas principais razões: 1.º, porque *ius non est probandum*; 2.º, porque tais artigos são o meio de dispensar o pretendente do ônus da prova, e isso jamais se pode obter provocando o adversário a uma declaração puramente jurídica". E continua, transcrevendo MANCINI: "*A probatio iuris* é coisa supérflua, antes vã e absurda, pois que o direito é uma noção ideal, objetiva, por si existente, *et probatione non indiget*".³⁶

34. O direito não se prova, salvo o estadual, municipal, costheiro, singular ou estrangeiro, tem-se dito e repetido. Como êste — o estadual, municipal, consuetudinário, singular e estrangeiro — depende da prova (Cód. de Proc. Civil, art. 212),^{36-A} pergunta-se: sua prova se faz mediante confissão?

Sustentava CÂMARA LEAL, ainda na vigência da legislação processual anterior, que o depoimento pessoal podia versar sobre o direito singular, municipal, estadual e estrangeiro, excluído de prova por êsse meio o direito consuetudinário.³⁷ Da mesma opinião BONTUMÁ, escrevendo recentemente, na vigência do Código atual, e ALSINA, quanto ao direito argentino.

Conclusão inaceitável.

Quando se diz que o direito estadual, municipal, singular ou estrangeiro precisa ser provado, não se visa, propriamente, a prova do direito: trata-se de provar o fato da existência de uma lei que dispõe isto ou aquilo. Mesmo porque a interpretação de tal lei é da competência judicial.

A prova do fato da existência de uma lei escrita — municipal, estadual, singular ou estrangeira — uma vez necessária,³⁸ reclama a exibição do seu texto, para que o juiz a aprecie. Conseqüentemente, a prova de tal fato, "por sua própria natureza, repele qualquer outro meio que não seja literal, porque só o documento pode ser autenticado".³⁹ Aliás, reprovável seria a prova de uma lei es-

36. JOÃO MONTEIRO, o. c., § 144, nota 12; MANCINI, *Commentario*, 3.º v., nota à p. 339.

36-A. ALFREDO BUZARD, *Anteprojeto cit.*, art. 366.

37. CÂMARA LEAL, *Do depoimento pessoal*, n. 25; BONTUMÁ, o. c., 2.º v., n. 246-B; ALSINA, o. c., 2.º v., p. 235.

38. Vide 1.º v., cap. X.

39. JORGE AMERICANO, o. c., p. 172.

crita por um dos meios probatórios orais. Se o que se quer é o teor, o contexto de uma lei invocada, certamente constante de repertórios ou coleções de leis, códigos, revistas jurídicas, publicações oficiais, obras de autores consagrados, etc., ou dos arquivos de repartições públicas, extravagante parece se deixe a prova literal e se conceba a possibilidade de sua substituição pelos meios orais. Calcado em BALDI e CONSOLLO, escreve a propósito JORGE AMERICANO que "o texto da legislação estrangeira jamais se prova por meio de testemunhas, por não ser objeto sensivelmente observado por todos, mas tão somente visível a um número restrito de especialistas, em circunstâncias particulares, para cujo conhecimento são necessários estudos superiores, não presumíveis na testemunha".⁴⁰ Com os mesmos argumentos, e pelos motivos expostos, é de concluir-se que a prova de legislação estrangeira, estadual, municipal ou do direito singular, jamais se pode permitir produzida por meio de confissão.

35. Já com referência ao direito consuetudinário, é de distinguem-se os usos e costumes que exigem prova literal (Cód. de Proc. Civil, arts. 260 e 261) e os que podem ser provados pelos meios admitíveis em juízo (Cód. de Proc. Civil, arts. 259 e 262).⁴¹ Aquêles, à evidência, não podem ser confessados; êstes, desde que averiguáveis por meio de testemunhas, nada impede sejam provados por confissão, sem prejuízo da faculdade conferida ao juiz de atribuir a tal prova o valor que lhe parecer.^{41-A}

36. Por vêzes acontece que certas confissões parecem de direito, quando na realidade o são sobre questões de fato, adverte LESSONA.⁴²

"Na interpretação de um contrato — escreve — um contratante declara que o significado de uma cláusula é êste ou aquêle. A cláusula em questão pode ter sido transcrita do Código; porém, nesse caso, o direito se converte em um fato, porque a vontade da parte é o que se trata de interpretar, e seguramente a declaração

40. JORGE AMERICANO, o. e loc. cit.; BALDI, *Le prove civili*, verb. *Leggi Straniere*, n. 5; CONSOLLO, *Delle prove per testimoni*, 2.ª ed., introd., p. 19, n. 24.

41. Vide 1.º v., cap. XI.

41-A. Em contrário LHEEMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, 2.º v., n. 216: "e no caso que se refira, por exemplo, a fatos tendentes a demonstrar a existência de uma costume, a declaração da parte poderá contribuir para a formação da convicção do juiz, mas não será confissão e não terá a eficácia desta".

42. LESSONA, o. c., 1.º v., n. 387; ALSINA, o. c., 2.º v., p. 235.

da parte quanto à interpretação de sua vontade é verdadeira confissão de um fato".

Fato dessa natureza é perfeitamente suscetível de confissão. Não se trata de interpretar o texto de lei reproduzido no contrato como uma de suas cláusulas, mas sim o de apurar a intenção das partes reproduzindo no contrato o texto legal. A exegese do texto de lei, matéria concernente à hermenêutica jurídica, não se enquadra no objeto da prova; o fato da intenção, a explicação da razão da incorporação ao contrato da cláusula estabelecida na lei, cabe nos âmbitos probatórios e, pois, constitui matéria passível de confissão.⁴³

II — ELEMENTO SUBJETIVO.

37. Do próprio caráter da confissão resulta deva esta ser prestada pela parte e pela própria parte.

É claro.

Pela confissão, o confitente reconhece como verdadeiro fato, ou obrigação, suscetível de consequências jurídicas. Da mesma forma que a ninguém é lícito constituir direito em seu favor, também a ninguém é lícito criar obrigações para terceiros. As consequências jurídicas decorrentes da confissão só podem, pois, prejudicar o confitente.⁴⁴ Logo, só a parte, contra a qual são invocados os fatos, pode reconhecê-los, ou seja, confessá-los.⁴⁵

E pela própria parte. Porque os fatos, ou obrigações, confessados, são do conhecimento, ou presumivelmente do conhecimento, de quem os confessa, compreende-se não ilógico seria admitir-se terceiro viesse reconhecê-los. Por outro lado, não fôsse pela própria parte, em que ficaria o cânone que afirma que a confissão jurídica apenas a quem confessa? Como decorrerem consequências jurídicas contra a parte, se o confitente é terceiro? Contudo, por motivos de ordem prática, estabelece a lei, respeitadas certas formalidades, a admissibilidade de confissão por meio de procurador, com poderes especiais.⁴⁶

43. LESSONA, o. e loc. cit.; MÁXIMO CASTRO, o. c., 1.º v., n. 575.

44. Vide n. 2.

45. "Não é lícito chamar à prestação de depoimento pessoal quem não é parte no processo, nem representante de qualquer dos litigantes" (Parecer do dr. BRANDÃO CAVALCANTE, procurador geral da República, confirmado por acórdão do Supremo Tribunal Federal, rel. Min. OROZIMBO NONATO, em *Revista Forense*, 112/80).

"A confissão pode ser feita por meio de procurador, com poderes especiais, mediante petição. Mas depoimento pessoal só a parte poderá prestar" (Ac. Sup. Trib. Federal, rel. ministro LUIZ GALOTTI, em *Direito*, 72/98).

46. Vide n. 47.

Daí dizer-se que *sujeito da confissão é sempre a parte*,⁴⁷ axioma a que as legislações costumam dedicar dispositivos expressos.⁴⁸ O Cód. de Proc. Civil consagra-o em vários dos seus dispositivos: no art. 230 — "*Será válida a confissão da parte...*"; no art. 229 — "*O depoimento da parte será sempre determinado...*"; no § 1.º, desse artigo — "*A parte será inquirida...*"; no § 2.º, do mesmo artigo — "*Se a parte não comparecer...*".^{48-A}

38. Acresce que *a confissão deve emanar de pessoa capaz de obrigá-se*. Quer dizer que, além de parte, esta deve ser jurídica-mente capaz.⁴⁹

47. LESSONA, o. c., 1.º v., n. 339; MARTHOLO, o. c., 2.º v., n. 673; RICCI, *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, 1.º v., § 92, n. 27; FACCHINI-MAZZONI, o. c., 2.º v., n. 226; CHIOVENDA, *Institutiones*, § 57; CHIOVENDA, *Principii*, § 61; MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, 2.º v., n. 131; FURNO (Carlo), *Confessione*, n. 6, em *Enciclopedia del Diritto*; ANDRIOLI, *Confessione*, n. 6, em *Novissimo Digesto Italiano*; FARRUGHERS, *A logica giudiziaria e a arte de julgar*, trad. de HENRIQUE DE CARVALHO, p. 90; PLANTO, *Traité élémentaire de droit civil*, 2.º v., n. 27; MÁXIMO CASTRO, o. c., 1.º v., n. 545 e ss.; JOÃO MONTENEGRO, o. c., § 144; JOÃO MENDES JÚNIOR, o. c., p. 143; JORGE AMERICANO, o. c., p. 36; FRAGA, o. c., 2.º v., p. 413; DE PIÁCIDO e SILVA, o. c., 1.º v., p. 238; CÂMARA LEAL, *Código de Processo do Estado de S. Paulo*, 2.º v., p. 40; NARZETH, o. c., 1.º v., § 406; BONUMÁ, o. c., 2.º v., n. 246-A; PEDRO BARRATA MARTINS, o. c., 3.º v., n. 41; PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.º v., p. 212; ALSTINA, o. c., 2.º v., p. 229; FREDERICO MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, 3.º v., n. 797.

48. Cód. Civ. Francês, art. 1.356; Cód. Civ. Italiano, art. 2.731; Cód. Civ. Italiano, de 1865, art. 1.361; Reg. n. 737, de 1860, art. 155; Cód. de Proc. de Pernambuco, art. 262; da Bahia, art. 166; do Espírito Santo, art. 163; do Rio de Janeiro, art. 1.238; do Distrito Federal, art. 191; de São Paulo, art. 275; de Santa Catarina, art. 700; do Rio Grande do Sul, art. 399.

48-A. ALFREDO BUZARD, *Anteprojeto cit.*, arts. 378, 379 § único, 371, 372 e ss.

49. Vide autores mencionados na nota 47 e mais os seguintes: REDENTI, *Diritto Processuale Civile*, ed. 1947, 1.º v., n. 79; ANDRIOLI, *Commento al Codice di Procedura Civile*, ed. 1945, 2.º v., p. 141; ANDRIOLI, *Interrogatorio*, em *Nuovo Digesto Italiano*; PISCENTINI (MÁRIO), *Confessione*, em *Nuovo Digesto Italiano*; ZANZUCCHI, *Diritto Processuale Civile*, ed. 1946, 2.º v., p. 57; UGO ROCCO, *Treatato di diritto processuale civile*, 3.º v., p. 118; LIMMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, 2.º v., n. 217; CONTIGLIO, *Lezioni di diritto processuale civile*, n. 201; CUNHA GONÇALVES, *Treatado de direito civil*, 13.º v., 2.º tomo, n. 2.070.

"Carência absoluta de valor jurídico da confissão do louco" (Ac. T. J. de São Paulo, em *Revista dos Tribunais*, 135/601).

"Não se admite confissão ficta quando é parte no feito menor impúbere" (Ac. T. J. do Distrito Federal, em *Revista Forense*, 107/488).

A razão deste requisito dimana da própria natureza da confissão. Conquanto meio de prova, é certo que por ela o confitente se despe de um direito, qual o de ver sejam os fatos arguidos pelo antagonista por este provados, e, por isso mesmo, favorece o adversário e contraria o seu próprio interesse. Reconhecendo verdadeiro o fato, ou a obrigação, em desprovelho próprio e em proveito do adversário, pela confissão o litigante pratica ato que equivale a verdadeira renúncia.

Na verdade, observa Rucci, como pela confissão nada mais se faz senão afirmar a existência de um fato jurídico, parece não haver motivo para se lhe negar eficácia mesmo quando produzida por quem não tenha capacidade jurídica para dispor ou obrigá-lo. Mas, — continua — se assim parece no campo da pura doutrina, o mesmo não se pode dizer no terreno da prática,⁵⁰ onde se verifica que pela confissão se reconhecem obrigações que importam em última renúncia.

É de considerar-se ainda, com JORGE AMERICANO, que o "indivíduo a quem a lei proíbe de se obrigar, tirando-lhe a administração dos bens, está *ipso facto* proibido de reconhecer qualquer obrigação; do contrário burlaria facilmente a lei, que, por uma razão de ordem superior à própria vontade dele, considera-o incapaz".⁵¹ Não seria lógico que a pessoa incapaz para contrair uma obrigação pudesse, pela confissão, fazer-se condenar a prestar o objeto da confissão, ou seja aquela obrigação. Se isso fôsse possível, "a incapacidade de obrigá-lo não existiria senão na ordem teórica, enquanto que na ordem prática bastaria a confissão para exigir uma obrigação de quem não pudesse contraí-la mediante contrato".⁵² Pudesse um menor de idade, que está impedido de obrigá-lo, confessar uma dívida que houvesse contratado, a proibição legal, ditada por motivos superiores, seria facilmente burlada.

O princípio de que a confissão deve emanar de pessoa juridicamente capaz vem do mais antigo direito. Tinha amparo no próprio direito romano e se traduz pelos brocardos — *qui non potest donari, non potest confiteri* — *qui non potest contrahere, non potest confiteri*, tirados dos frs. 4, 1, 6, *de confessis*.

Acolheu-o o direito pátrio anterior, mesmo o regido pelas Ordenações. "Só pode confessar válidamente quem tem a livre administração de seus bens", sentenciava autorizadamente PEREIRA E SOUSA.⁵³ No que era acompanhado por MORAIS CARVALHO: "A

50. Rucci, *Delle Prove*, n. 239.

51. JORGE AMERICANO, *Processo Civil e Commercial*, p. 36.

52. Rucci, o. e loc. citis.

53. PEREIRA E SOUSA, o. c., § 324.

confissão só é válida sendo feita por quem seja capaz de se obrigar e que tem a administração de seus bens".⁵⁴ E LOBÃO, repetindo MELO FERRE: "é preciso que a confissão para ser prejudicial "*ab eo fiat qui liberam rerum suarum administrationem*".⁵⁵

Expressamente dispunha o Reg. n. 737, de 1850, art. 160: "Só pode ser feita (a confissão) pela pessoa que está na livre administração dos seus bens". Reproduziriam o preceito, aliás admitido sem contravérsia, vários códigos de processo das unidades da Federação.⁵⁶ Consignava o princípio o ante-projecto do Código de Processo do Estado de São Paulo, nesta parte de autoria de RAFAEL SAMPAIO: "A confissão é válida quando, livre e explícita, é feita por quem estiver no gozo de sua capacidade civil...".⁵⁷

Não contém dispositivo expresso nesse sentido o Cód. de Proc. Civil, mas nem por isso repeliu ou esqueceu o princípio, que é do espírito do nosso direito e reconhecido pelos seus mais abalizados intérpretes.⁵⁸

39. Exatamente porque sufraga o princípio de que somente a parte juridicamente capaz de obrigá-lo pode validamente confessar, determina o Cód. de Processo que a confissão de um cônjuge não surtirá efeito sem a do outro, nas causas relativas a imóveis. É o preceito contido no § 1.º, do art. 230: — "*Nas causas relativas a imóvel, a confissão de um cônjuge não valerá sem a do outro*".^{58-A}

Explica esse texto a restrição que a lei civil impõe à capacidade de disposição dos cônjuges com referência a imóveis. Veda a lei civil ao marido (Cód. Civil, art. 325, I e II) e à mulher (Cód. Civil, art. 242, I, II, III, IV)^{58-B} que um sem outro possa alienar, hipotecar ou gravar de ônus real os bens imóveis ou direitos reais sobre coisas imóveis alheias, bem como pleitear, como autor ou

54. MORAIS CARVALHO, o. c., § 397.

55. MELO FERRE, o. c., lb. IV, tit. XX, § II; LOBÃO, o. c., nota 430.

56. Código de Processo de Pernambuco, art. 262; do Espírito Santo, art. 166; do Rio Grande do Sul, art. 339;

57. *Projecto do Código de Processo Civil e Commercial do Estado de São Paulo*, 1.º v., p. 274.

58. CARVALHO SANTOS, *Código de Processo Civil Interpretado*, 3.º v., p. 276; FRAGA, o. c., 2.º v., p. 413; JORGE AMERICANO, *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, 2.ª ed., 1.º v., p. 357; BORGES DA ROSA, o. c., 1.º v., p. 543; DE PLACIDO E SILVA, o. c., 1.º v., nota 359; PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.º v., p. 208 e ss.; BONNUMA, o. c., 2.º v., n. 246-A. Cf. LOPES DA COSTA, o. c., 2.º v., n. 336.

58-A. ALFREDO BUZARD, *Anteprojecto* cit., art. 380, § único.

58-B. Vide nota 64-A, adiante.

rêu, acêrca dêsses bens e direitos. Quer dizer que relativamente a êsses bens (Cód. Civil, art. 44), como a capacidade de cada um não é completa sem o assentimento do outro, a confissão de um sô-dêles não terá fôrça bastante para produzir suas naturais consequências. É a tradução, para uma dada espécie de atos, do princípio romano — *qui non potest contrahere, non potest confiteri*. Além do mais, se a lei prescreve (Cód. de Processo, art. 81) que *nas causas que versarem sobre bens imóveis, ou sobre direitos a êles relativos, o marido não poderá demandar sem exhibir outorga uxória e, quando réu, será citado juntamente com a mulher*”, o que decorre daquelas regras de direito substantivo, que limitam na espécie a capacidade dos cônjuges, nada mais lógico, para que da confissão surtam os devidos efeitos, seja a de um ratificada ou re-
petida pela do outro.

Precisamente isso é que, resumidamente, escreve CARVALHO SANTOS: — “Se se trata de ação referente a imóveis, portanto, nada mais lógico do que exigir-se a confissão de ambos os cônjuges, para que possa produzir suas naturais consequências, isto é, possa real e válidamente obrigá-los. De outra forma, a confissão diria respeito a uma coisa sôbre a qual o confitente não podia ter a livre disposição, precisamente porque faltava-lhe a capacidade para obter-se”.⁵⁹

O preceito em questão, do § 1.º, do art. 230, do Cód. de Processo, vinha expresso no Cód. de Processo Civil do Distrito Federal,⁶⁰ e sempre fôra afirmado pela doutrina,⁶¹ como consequência lógica do princípio que exige do confitente capacidade para obrigar-se.⁶²

59. CARVALHO SANTOS, o. c., 3.º v., p. 302. Cf. BONNUMÁ, o. c., 2.º v., n. 246-A; PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.º v., p. 209; JORGE AMERICANO, *Processo Civil e Comercial*, p. 39.

60. Cód. do Proc. Civil do Distr. Federal, art. 191, § 2.º.
61. TEIXEIRA DE FREITAS e PEREIRA E SOUSA, nota 456; MORAIS CARVALHO, o. c., § 457, nota 258; LOBÃO, o. c., nota 439; RAMALHO, *Prática Brasileira*, § 177; SOUSA PINTO, o. c., § 1.067; BENTO DE FARIA, *Reg. n. 737*, nota 112; JORGE AMERICANO, *Processo Civil e Comercial*, p. 39; PONTES DE MIRANDA, nota a NEVES E CASTRO, p. 90.

62. Por isso se tem julgado: “A imposição da pena de confesso, cerceando, de alguma forma, a defesa, por obrigar a parte a produzir provas, de que estaria dispensada, não justifica a exigência de depoimento pessoal da mulher do réu em simples ação de cobrança (ação pessoal) movida contra o casal” (Ac. T. J. São Paulo, *Revista dos Tribunaes*, 136/252).

“A confissão ficta só é capaz de gerar presunção de verdade dos fatos alegados, se estes forem verossímiles e coerentes com as demais

Não deixa, porém, de ser ponderosa a observação de JORGE AMERICANO: “Fique claro que se um dêles (dos cônjuges) se reportar à confissão do outro, declarando que nada sabe de ciência própria por ter sido o ato praticado pelo cônjuge, vale a confissão como se fôsse prestada por ambos”.⁶³

40. Já estava composta a reedição dêste volume quando foi promulgada a Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962, que, dispondo sobre a situação jurídica da mulher casada, e dando, assim, novo conteúdo e nova redação a vários textos do Cód. Civil, tornou necessária a reformulação da posição da mesma em face do instituto da confissão, quanto à sua capacidade de confessar.

Na sua nova redação, o art. 6.º, do Cód. Civil,^{63-A} excluiu a mulher casada dentre as pessoas relativamente incapazes, passando, da sua condição de companheira, consorte e *auxiliar* do marido nos encargos da família, à de companheira, consorte e *colaboradora* do marido nos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material desta” (Cód. Civil, art. 240).⁶⁴

Definida assim a condição jurídica da mulher casada, dilatou-se-lhe o campo das suas atividades, quer reduzindo aquelas que, segundo a lei anterior, dependiam de autorização marital (Cód. Civil, art. 242),^{64-A} quer ampliando aquelas que podia realizar in-

provas dos autos. Se o réu é casado não basta, nas ações relativas a imóveis, que lhe seja cominada a pena de confesso, pois nesse caso ela só terá valor se, também, abranger o outro cônjuge” (Ac. T. J. Rio Grande do Sul, em “*Justiça*”, 22/64).

63. JORGE AMERICANO, o. e loc. citis.

63-A. Cód. Civil, art. 6.º, na sua nova redação: “São incapazes relativamente a certos atos (art. 147, n. I), ou à maneira de os exercer: I — os maiores de 16 e os menores de 21 anos (arts. 154 e 156); II — os pródigos; III — os silvícolas”.

64. Cód. Civil, art. 240, na sua redação anterior: “A mulher assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família” (art. 324).”

— Cód. Civil, art. 240, na sua nova redação: “A mulher assume com o casamento os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte, colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material desta”.

64-A. Cód. Civil, art. 242, na sua redação anterior: “A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251): I — praticar os atos que este não poderia sem o consentimento da mulher (art. 235); II — alienar, ou gravar de ônus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens (arts. 263, ns. II, III, VIII, 269, 275, 310); III — alienar os seus direitos reais sôbre imóveis de outrem; IV — aceitar ou repudiar herança ou legado; V —

dependentemente dessa autorização (Cód. Civil, art. 248).^{64-B} Sobre esse aspecto, com efeito, a nova lei imprimiu não poucas transformações ao estatuto da mulher casada, desvinculando-a da ascensão marital quanto à prática da generalidade dos atos que lhe não sejam expressamente vedados por lei.

Entretanto, no que concerne ao tema deste parágrafo, que versa sobre a capacidade da mulher casada para confessar, não obstante aquelas transformações, não parece se tenha modificado radicalmente a sua condição jurídica. Em verdade, a nova lei não mais amarra expressamente a mulher, para o exercício do direito de litigar em juízo, à autorização do marido, como prescrevia o art. 242, do mesmo Código, na sua redação anterior, cujo inciso VI foi suprimido.^{64-C} E também é verdade que ao art. 248, do referido Código, na sua nova redação, se aditou um inciso, o de n. VII, por força do qual “a mulher casada pode livremente — praticar quaisquer outros atos não vedados por lei”.^{64-D}

aceitar tutela, curatela ou outro múnus público: VI — litigar em juízo cível ou comercial, a não ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251; VII — exercer profissão (art. 233, n. IV); VIII — contrair obrigações que possam importar em alheação de bens do casal; IX — aceitar mandato (art. 1.299)”.
Cód. Civil, art. 242, na sua nova redação: “A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251): I — praticar atos que este não poderia sem consentimento da mulher (art. 235); II — alienar ou gravar de ônus real, os imóveis do seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens (arts. 263, ns. II, III e VIII, 269, 275 e 310); III — alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outrem; IV — contrair obrigações que possam importar em alienação de bens do casal”.

64-B. Cód. Civil, art. 248, na sua nova redação: “A mulher casada, pode livremente: I — exercer o direito que lhe compete sobre as pessoas e os bens dos filhos do leito anterior (art. 393); II — descobrir ou reivindicar os imóveis do casal que o marido tenha gravado ou legado sem sua outorga ou suprimento do juiz (art. 235, n. I); III — anular as fianças ou doações feitas pelo marido com infração do disposto nos números III e V do art. 285; IV — reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, dados ou transferidos pelo marido à concubina (art. 1.177). Parágrafo único — Este direito prevalece esteja ou não a mulher em companhia do marido, e ainda que a doação se dissimule em venda ou outro contrato; V — dispor dos bens adquiridos na conformidade do número anterior e de quaisquer outros que possua, livres da administração do marido, não sendo imóveis; VI — promover os meios assecuratórios e as ações que, em razão do dote ou de outros bens seus sujeitos à administração do marido, contra este lhe competirem; VII — praticar quaisquer outros atos não vedados por lei”.

64-C. Vide nota 64-A.

64-D. Vide nota 64-B.

Dir-se-ia, em face daquela supressão e deste aditamento, que a mulher casada se acha em condições de livremente, isto é, independentemente de autorização do marido, litigar em juízo. Mas essa, parece, é uma conclusão apressada e que se opõe ao sistema da lei.

Com efeito, esta, elevando a mulher à *colaboradora* do marido, não o *destituíu da chefia da sociedade conjugal*. Dispõe o art. 233, do Cód. Civil, na sua nova redação: — “O marido é o *chefe da sociedade conjugal*, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos”. Sem embargo do direito e dever de colaboração da mulher, a chefia da sociedade conjugal cabe ao marido, em razão do que, ainda nos termos da mesma disposição legal, na sua redação vigente — a ele compete “a *representação legal da família*” (Cód. Civil, art. 233, n. I).⁶⁵ Chefe da sociedade conjugal e representante legal da família, é o marido, e não a mulher, quem está legitimado para litigar em juízo em nome da família ou da sociedade conjugal.

Assim, a sociedade conjugal será representada em juízo pelo marido, não pela mulher, salvo quando a esta compete, nas hipóteses prefiguradas no art. 251, do mesmo Código, a direção e administração do casal.

Ressalvadas essas hipóteses, em que legalmente é a representante da sociedade conjugal, a mulher casada, a não ser nos casos em que pode agir livremente (Cód. Civil, arts. 246, 248, 388, 393, 394, 395; Cód. de Proc. Civil, art. 82), somente poderá litigar em juízo acompanhada do marido ou por êle autorizada.

a) — Litigando acompanhada do marido, como litiscorsorte dêste, a confissão da mulher terá efeitos diversos conforme se trate de causas relativas a imóveis ou não. No primeiro caso, sua confissão de nada valerá sem a confissão do marido (Cód. de Proc. Civil, art. 230, § 1.º).^{65-A} no segundo caso, isto é, não se tratando de causas relativas a imóveis, sua confissão produzirá efeitos

65. Cód. Civil, art. 233, na sua nova redação: “O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251). Compete-lhe: I — a representação legal da família; II — a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial (arts. 178, § 9.º, n. I, 274, 289, n. I, e 311); III — o direito de fixar o domicílio da família, ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao juiz, no caso de deliberação que a prejuldiqne; IV — prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277”.

65-A. Vide n. 39.

apenas em relação a ela e a seus herdeiros, não em relação ao marido (Cód. de Proc. Civil, art. 231).

b) — Autorizada a litigar pelo marido, nenhum óbice existe à confissão da mulher casada.

É verdade que a Lei (Cód. Civil, art. 243) dispõe que a autorização marital pode ser geral ou especial, o que permite deduzir que pode ser ampla ou limitada. Todavia, não parece que a limitação da autorização tenha a força de vedar a confissão, mesmo quando isso conste expressamente da autorização. Uma tal limitação seria inoperante,^{65-b} pois autorizada a mulher a litigar estará ela, na obrigação normal de dizer a verdade em juízo.⁶⁶

c) — Outra questão interessante ocorre da prática, aliás injurídica, de ser a mulher autorizada a litigar em juízo cível ou comercial mediante simples procuração do marido, *sem declaração expressa e formal de autorização*. Com esse instrumento não se acha ela, à evidência, autorizada a litigar, mas sim e apenas a representar o marido.⁶⁷ Nesse caso, é bem de ver-se, o marido é o litigante e, consequentemente, a mulher, como procuradora, somente poderá válidamente confessar se a procuração lhe conferir poderes especiais para isso.⁶⁸

d) — Mas a mulher casada, em dadas hipóteses, previstas em lei (Cód. Civil, arts. 248, 251, 277, 380, 394, 395; Cód. de Proc. Civil, art. 82),⁶⁹ por exceção à regra geral, poderá litigar independentemente de autorização marital. Na plenitude de sua capacidade jurídica para esses atos, à sua confissão nada obsta para que surtaram todos os efeitos.⁷⁰

e) — Que dizer-se quando a mulher casada litiga em juízo com suprimento judicial de autorização (Cód. Civil, art. 245)?

O suprimento judicial faz as vezes de autorização, tanto que válida os atos da mulher, apenas não obrigando os bens próprios do marido (Cód. Civil, art. 245, pará. único). Quer dizer que pelo suprimento judicial a mulher casada assume capacidade plena para a prática dos atos por essa forma autorizados. Assim, ela se encontra como se autorizada fôsse pelo marido.

65-B. Cf. LESSONA, O. C., 1.º v., n. 415.

66. Neste ponto o autor reafirma opinião emitida nas edições anteriores.

67. VICENTE RÁO, *Da capacidade civil da mulher casada*, n. 108.

68. Vide n. 47.

69. VICENTE RÁO, O. C., n. 85.

70. CÂMARA LEAL, O. C., ns. 47 e 48; PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito de Família*, 3.ª ed., 2.º v., § 111.

Acresce, ainda, que, consoante pondera MÁXIMO CASTRO, desenvolvendo idêntico parecer de LESSONA, quando o juiz, suprimindo o consentimento do marido, concede à mulher casada autorização para estar em juízo, não pode deixar de fazê-lo senão com o objetivo de que a verdade seja demonstrada e declarada em juízo; por conseguinte, se a mulher casada confessa como verdadeiro um fato, sobre o qual é interrogada, certamente não excede aos limites da autorização judicial, porque esta compreende a totalidade dos atos necessários para o comparecimento em juízo, com tôdas as consequências derivadas de tais atos.⁷¹ Seguramente, pois, quando litiga em juízo com suprimento judicial de autorização, a mulher casada pode válidamente confessar.

41. Habilitada para comerciar (Cód. Comercial, art. 1, n. 4) e fazendo da mercância profissão habitual, a mulher casada goza as vantagens e fica sujeita às obrigações estabelecidas em geral para os comerciantes,⁷² isto é, para os atos do comércio tem completa capacidade. Bem por isso, "a mulher casada comerciante pode estar em juízo (demandar e ser demandada) quanto aos atos relativos à sua profissão, sem necessidade de autorização especial, intervenção ou citação do marido".⁷³

Assim, em face do nosso direito, como em face da doutrina, a mulher casada comerciante está habilitada a confessar sobre tudo o que se refira a atos de comércio que haja praticado ou esteja autorizada a praticar, mesmo porque seria ilógico ser capaz de contrair obrigações e estar proibida de reconhecê-las verdadeiras.⁷⁴

42. Incapazes relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer, os maiores de 16 anos e menores de 21 anos (Cód. Civil, art. 6, n. I), poderão eles confessar?

Não é das mais fáceis a resposta.

Primeiramente, é preciso lembrar que tais menores só poderão ingressar em juízo assistidos de seus representantes legais (Cód. de Proc. Civil, art. 80, Cód. Civil, art. 426, n. I) e sob a fiscalização obrigatória do Ministério Público (Cód. de Proc. Civil, art. 80, § 2.º).

Em segundo lugar, é preciso distinguir se se trata de menores sujeitos à autoridade paterna (Cód. Civil, art. 385) ou sujeitos à tutela (Cód. Civil, art. 422).

71. MÁXIMO CASTRO, O. C., 1.º v., n. 550.

72. J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 2.º v., ns. 77 e 78.

73. J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, O. C., 2.º v., n. 95.

74. LESSONA, O. C., 1.º v., n. 415; MÁXIMO CASTRO, O. C., 1.º v., n. 553.

a) — O pai e, na sua falta, a mãe são os administradores dos bens dos filhos que se acham sob o seu poder (Cód. Civil, art. 385), sejam impúberes ou púberes estes. Mas o pai e, na sua falta, a mãe não podem alienar, hipotecar, ou gravar de ônus reais, os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, exceto por necessidade, ou evidente utilidade da prole, mediante prévia autorização do juiz (Cód. Civil, art. 386).

Quer dizer que o pai não pode alienar, hipotecar, ou gravar de ônus reais, os imóveis dos filhos, a não ser mediante prévia autorização do juiz. Por isso mesmo, uma vez que lhe é negado aquêle poder, não poderá conferi-lo ao filho, quer apenas assistindo-o, quer suprindo-lhe o consentimento. Em consequência, sempre que se tratar de ação imobiliaria, o menor púbere, mesmo assistido pelo pai, ou na sua falta pela mãe, não poderá confessar, seja por confissão espontânea, seja por meio de depoimento provocado, porque admitir-se a confissão seria tornar sem efeito a proibição do art. 386, do Cód. Civil.

CÂMARA LEAL entende, porém, que nas causas mobiliárias, uma vez autorizado pelo pai, ou na sua falta pela mãe, poderá o menor púbere confessar por meio de depoimento pessoal.⁷⁵

A questão está na interpretação que se deva dar à proibição imposta ao pai de contrair, em nome dos filhos, "obrigações que ultrapassem os limites da simples administração" (Cód. Civil, art. 386). Diga-se, com Clóvis Beviláqua, que "os poderes do pai, quanto aos bens dos filhos, não excedem, de ordinário, aos de simples administração". "Por poderes de simples administração, entendem-se os atos concernentes à boa conservação e exploração dos bens, como as benfeitorias, o pagamento de impostos, a defesa judicial, a alienação de móveis destinados a esse fim. Os atos alienativos ou obrigações, que não sejam consequências diretas da gestão dos bens, a renúncia da herança de qualquer direito, excedem os limites da simples administração".⁷⁶ Conquanto possa dispor dos bens móveis, como entender, lhe é vedado dissipá-los (Cód. Civil, arts. 394, 827, n. II), dêles dispor gratuitamente ou com relação a êles praticar qualquer ato de liberalidade, como transigir nos direitos a êles referentes.⁷⁷ Por isso mesmo, para fiscalizar a atuação do pai nos processos judiciais e impedir que vá além dos simples atos de gestão, quanto aos bens dos filhos, trate-se de ação imobi-

liária ou mobiliária, a lei exige no processo funcione sempre, obrigatoriamente, o órgão do Ministério Público.

Com efeito, dispõe o art. 80, § 2.º, do Cód. de Proc. Civil: — "Será obrigatória a intervenção do órgão do Ministério Público nos processos em que houver interesses de incapazes".^{77-A} Bem a propósito estas observações de CARVALHO SANTOS:

"As legislações modernas, realmente, sempre e cada vez mais, procuram garantir os interesses dos menores. Não se contentam em evitar as más administrações, resguardando os incapazes das consequências do dolo ou da negligência dos tutores, ou até mesmo em proporcionar os meios de reparação do dano que os menores venham a sofrer por culpa dos seus tutores; mas, vão além nas suas medidas de segurança instituindo um contróle da autoridade pública para os atos que mais diretamente interessam aos menores, mesmo quando praticados por seus representantes — pais ou tutores".

"Esse contróle varia de país a país, mas, não há dúvida, que em nosso direito é êle exercido pelo poder judiciário, como medida de precaução, sempre que se fizer necessário".⁷⁸

Se assim deve ser e se assim é, mostra-se mais consentâneo com o espírito do direito pátrio, como medida de ordem geral, ser vedado ao menor púbere, assistido ou autorizado pelo pai, confessar espontaneamente ou por meio de depoimento, mesmo nas ações mobiliárias. Não obstante isso, como exceção à regra, deverá às vezes ser lícito admitir-se a confissão, nessas ações, por qualquer de suas modalidades, sempre que autorizada pelo pai e em manifesto interesse do menor, matéria que, ophando o Ministério Público, ficará adstrita ao critério do juiz (Cód. de Proc. Civil, art. 112), que, de resto, considerará válida, ou não, a confissão.⁷⁹

b) — Diversa a situação jurídica, no caso de menores púberes sob tutela. Porque ao tutor incumbe, "sob inspeção do juiz, reger a pessoa do menor, velar por êle e administrar-lhe os bens" (Cód. Civil, art. 422); porque ao tutor, sem autorização do juiz, é proibido alienar bens imóveis ou móveis pertencentes ao menor tutelado (Cód. Civil, arts. 386 e 427, n. VI); porque mesmo os atos de administração do tutor, em regra, dependem de autorização judicial⁸⁰

77-A. ALFREDO BUZARD, *Anteprojeto* cit., arts. 9.º e 273.

78. CARVALHO SANTOS, o. c., 1.º v., p. 282.

79. AINSIVA, o. c., 2.º v., p. 230, admite a confissão do menor, pelo seu representante legal, sobre fatos de sua administração, sempre que não derive disso violação das restrições ao poder de administrar.

80. CARVALHO SANTOS, *Código Civil Interpretado*, 6.º v., p. 280 e ss.; CLÓVIS BEVILÁQUA, o. c., obs. ao art. 422.

75. CÂMARA LEAL, *Depoimento Pessoal*, n. 43.

76. CLÓVIS BEVILÁQUA, *Código Civil Comentado*, obs. ao art. 376.

77. CARVALHO SANTOS, *Código Civil Interpretado*, 6.º v., ps. 77-78.

e ainda desta depende o seu comparecimento em juízo (Cód. Civil, art. 427, n. VII), — é certo que não pode êle, mediante própria autorização ou com sua assistência, suprir o consentimento do menor púbere tutelado.

Em consequência, sem embargo da opinião em contrário do erudito PONTES DE MIRANDA,⁸¹ que admite como válida a confissão do menor púbere, "se o tutor lhe der autorização", é de concluir-se com CÂMARA LEAL, que nas ações imobiliárias ou mobiliárias o menor relativamente incapaz, sob tutela, está impedido de confessar espontaneamente ou por meio de depoimento.⁸²

43. Entre os relativamente incapazes, a lei inclui o pródigo (Cód. Civil, art. 6.º, n. II) 82-A e o faz privado de, "sem curador, em prestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado e praticar, em geral, atos que não sejam de mera administração" (Cód. Civil, art. 459).

Ora, ao curatelado se applica (Cód. Civil, art. 453) os princípios de representação quanto à tutela,⁸³ e, pois, a regra do art. 427, n. VIII, donde não poder o curador, *sem autorização do juiz*, propor em juízo as ações e promover tôdas as diligências a bem do tutelado, assim como defendê-lo nos pleitos contra êle movidos.

Vê-se daí que, devendo o curador, até para demandar e ser demandado, reclamar autorização judicial, não poderá êle suprir o consentimento do pródigo, autorizando-o a confessar. Consequentemente, o pródigo está impedido de confessar ou depor como parte.⁸⁴

44. Os selvícolas, também relativamente incapazes (Cód. Civil, art. 6.º, n. III),^{84-A} estão sujeitos ao regime tutelar (Cód. Civil, art. 6.º, parágr. único) ora estabelecido pelo Dec. n. 5.484, de 27 de junho de 1928, que regula a situação dos índios nascidos no território nacional.

Segundo êsse decreto, os índios são classificados em quatro categorias (art. 2.º): 1.ª — índios nômades; 2.ª — índios arranchados ou aldeados; 3.ª — índios pertencentes a povoações indígenas; 4.ª — índios pertencentes a centros agrícolas ou que vivem promiscuamente com civilizados.

81. PONTES DE MIRANDA, nota a NEVES e CASTRO, o. c., p. 90.

82. CÂMARA LEAL, o. c., p. 71.

82-A. Vide nota 63-A.

83. CARVALHO SANTOS, o. c., 6.º v., p. 44.

84. CÂMARA LEAL, o. e loc. cit.; NEVES E CASTRO, o. c., n. 76; PONTES DE MIRANDA a NEVES E CASTRO, o. c., p. 90.

84-A. Vide nota 63-A.

Mas o art. 6.º, dêsse decreto, dispõe: "Os índios de qualquer categoria, não inteiramente adaptados, ficam sob tutela do Estado, que a exercerá segundo o grán de adaptação de cada um, por intermédio do Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais, sendo facultado aos ditos inspetores, requerer ou nomear procurador, para requerer em nome dos mesmos índios, perante as justças e autoridades, praticando para o referido fim todos os atos permitidos em direito".

Nessas condições, os selvícolas — os habitantes das florestas, enquanto não adaptados à vida civilizada e não confundidos na massa geral da civilização⁸⁵ — serão representados pelos inspetores sempre que deverem reclamar seus direitos em juízo e, pois, não poderão confessar ou ser constrangidos a depor pessoalmente.

45. Sem ser propriamente incapaz, o falido, — despossado da administração dos seus bens, como fica; destituido da administração dos bens, que passa à massa — se torna impedido de praticar atos que produzam efeito sôbre os bens sujeitos à massa ou ofendam direitos ou interesses nela compreendidos. Mas não se toma prohibido de adquirir novos direitos, nem perde a capacidade jurídica e os direitos inerentes à sua pessoa.⁸⁶ (Ele (o falido) — escreve CARVALHO SANTOS — é atingido apenas com uma limitação a seus direitos enquanto necessária para a ressalva dos direitos dos credores, impedindo-lhe que possa extraviar ou prejudicar as garantias que existirem para satisfazer integral ou parcialmente o passivo existente no dia da declaração da falência.)⁸⁷

Sintetizando o assunto, leciona o claríssimo WALDEMAR FERREIRA: — "O falido não é, portanto, um incapaz. A arrecadação dos seus bens não lhe acarreta a incapacidade, que sômente poderia resultar do processo de interdição. Não se lhe dá um curador. Proibe-lhe a lei, tão sômente, dispor dos seus bens, que constituem penhor comum dos credores. Mas também o devedor executado não pode dispor dos bens penhorados.

"Conserva o falido a sua capacidade jurídica, tanto que o art. 46, do Dec. n. 5.746, de 9 de dezembro de 1929 (que reproduz idéntica disposição da Lei n. 2.024 e repetido pelo art. 42, do Dec-

85. CLÓVIS BEVILÁQUA, o. c., 1.º v., p. 187; CARVALHO SANTOS, *Código Civil Interpretado*, 1.º v., p. 276 e ss.

86. CARVALHO DE MENDONÇA, o. c., 7.º v., n. 429 e ss.; WAL-

DEMAR FERREIRA, *Curso de Direito Commercial*, 2.º v., n. 28; OCTÁVIO MENDES, *Falências e Concordatas*, n. 73; PAULO DE LAERDA, *Falência*, ns. 508 a 516; CARVALHO SANTOS, *Código Civil Interpretado*, 1.º v., p. 279; CONCHA GONÇALVES, *Princípios de Direito Civil*, 1.º v., n. 49.

87. CARVALHO SANTOS, o. e loc. cit.

Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1947, em vigor), estabelece que a falência não afetará os bens próprios e particulares da mulher e dos filhos do devedor, razão porque não poderão ser arrecadados: a) os bens dotais estimados para qualquer efeito, os parafernais, os incommunicáveis sob o regime da comunhão, os que não respondem por dívidas anteriores ao casamento, as arras e as doações antenupciais; b) o peccúlio castrense, quase-castrense e bens advencionios dos filhos menores, legítimos, legitimados ou reconhecidos.

"Pode êle, de resto, estar em juízo, como autor ou como réu, sôbre questões que se não refiram a interesses, direitos e obrigações da massa, sôbre direitos que lhe pertencem como homem, como membro da família e como chefe da sociedade conjugal, que a falência nem dissolve e nem afeta. Pode propor as ações de estado, como as de reconhecimento de paternidade, de desquite, de nulidade de casamento. Pode fazer testamentos. Pode casar, contratando o regime de bens, em contrato antenupcial. Pode intentar ações criminais, de injúria, de calúnia e outras. Continua no exercício do pátrio poder, administrando os bens dos filhos em seu poder. Continua como chefe da sociedade conjugal, administrando os bens comuns e particulares da mulher, que compêtr administrando em virtude do regime matrimonial adotado ou do pacto antenupcial. Como tal, representará, legalmente, a família, fixando-lhe ou mudando-lhe o domicílio.

"Nem ficará privado do direito de autorizar a profissão da mulher.

"Também não sofre nenhuma restrição nos seus direitos políticos".⁸⁸

Disso resulta claro o seguinte:

- a) — O falido não pode confessar sôbre fatos dos quais derivam obrigações de consequências para a massa, isto é, sôbre questões que se refiram a interesses, direitos ou obrigações da massa.⁸⁹
- b) — Mas em tôdas as ações que lhe digam respeito como homem, cidadão, membro da família, chefe da sociedade conjugal e, pois, em certas ações mesmo de caráter patrimonial, como as que se refiram a honorários ou salários profissionais, o falido poderá validamente prestar confissão, qualquer que seja sua modalidade.⁹⁰

46. Divergem os escritores quanto à admissibilidade de confissões dos representantes legais dos incapazes, nas causas em que

88. WALDEMAR FERREIRA, o. e loc. citis.

89. MÁXIMO CASTRO, o. c., 1.º v., n. 555; ALSINA, o. c., 2.º v., p. 232.

90. MÁXIMO CASTRO, o. c., 1.º v., ns. 556 e 557; ALSINA, o. e loc. citis.

êstes são partes, formando-se em três correntes principais: a) os que admitem sempre a confissão; b) os que não a admitem; c) os que a consentem, porém nos limites da autorização que a lei ou a autoridade competente lhes concede.

a) — LESSONA admite a confissão, mesmo não provocada, do representante do incapaz, com a justificativa de que a obrigação de dizer a verdade existe sempre e quem a diz não pode ser responsável por expressá-la.⁹¹

Sem embargo de dispor o cód. civil italiano, de 1865, art. 1.361, que "a confissão dos tutores e administradores não prejudica aos administrados, senão quando feita nos casos e modos em que êles podem obrigar os próprios administrados", — o insigne jurista entende que o representante não responde jamais por dizer a verdade: responderá por culpa na prática do *fato confessado*, não pela *confissão* do fato.

Em consequência, para êsse autor e os que o seguem, a confissão do representante do incapaz, mesmo não provocada, é sempre admissível.

b) — Com fundamento no princípio de que a confissão é ato privativo da parte, isto é, de que deve ser feita pela própria parte em pessoa, sustentam outros juristas que ao representante do incapaz, por não ser parte do feito, é vedado confessar, mesmo quando provocado.⁹²

Em abono dessa doutrina, diz-se ainda: "Se o incapaz não pode confessar, o representante respectivo deve fundar todos os seus atos na ciência certa por êle adquirida quanto aos fatos que os determinaram. Ora, esta ciência certa, para convencer o representante do incapaz, deve constar de prova que supra perfeitamente a confissão. Quando não houver outro meio de prova, a confissão do representante do incapaz não tem fundamento legal, e, portanto, a confissão não o pode prejudicar".⁹³

c) — Sem se manifestar em oposição à doutrina que veda possa confessar o representante do incapaz, uma outra corrente,

91. LESSONA, o. c., 1.º v., n. 417.

92. JOÃO MONTEIRO, o. c., § 144, nota 5; LAURENT, o. c., 20.º v., n. 173; JORGE AMERICANO, *Processo Civil e Comercial*, p. 37; FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, 3.º v., n. 797; GABRIEL DE REZENDE FILHO, *Curso de Direito Processual Civil*, 2.º v., n. 725; VERGARA, *Código do Processo Civil e Comercial do Rio Grande do Sul*, 1922, p. 185; CÂMARA LEAL, *Departamento Pessoal*, n. 53; LAUDO DE CAMARGO, em VAMPRE, *Da Prova Civil*, 1.º v., § 8.º, n. 6.

93. JORGE AMERICANO, o. e loc. citis.

e esta bem numerosa, admite sua confissão quanto aos atos e fatos que possa livremente praticar ou que haja praticado com autorização judicial.⁹⁴

Em regra, a confissão do representante do incapaz não será admitida. Se-lo-á, porém, sempre que tenha por objeto atos, ou fatos, que possa a ele, responsabilizando o representado, executar independentemente de autorização, porque a lei lhe permitia assim agir, e sempre que, não podendo praticá-los livremente, os haja executado com autorização judicial. Fundam-se, os que assim entendem, no princípio de que pode confessar quem tenha capacidade de dispor. Se o ato se enquadrar entre os que o representante pode praticar sem necessidade de autorização judicial, porque contido na esfera dos de sua atribuição, com referência a ele íntegra se manifesta a capacidade do representante. Igualmente, se a prática do ato reclamava autorização judicial e esta foi concedida, a capacidade do representante, assim suprida, se apresenta plena em relação ao ato.

Em outras palavras, entendem os escritores dessa corrente que o representante do incapaz é admitido a confessar quanto a atos, ou fatos, que digam respeito à sua gestão.

d) — A doutrina exposta por essa terceira corrente foi expressamente consagrada por vários códigos de processo dos Estados da União, entre os quais o do Distrito Federal e o do Rio Grande do Sul. Dispunha o primeiro, no art. 191, § 1.º: — “Poderão, entretanto, confessar, nos limites da autorização que lhes conceder a lei, ou a autoridade competente, os representantes dos incapazes”. E o segundo, art. 400: — “Os representantes dos incapazes, dos ausentes e das pessoas jurídicas só poderão confessar nos limites da autorização que a lei ou a autoridade competente lhes conceder”. Igualmente, dispunha o ante-projeto do Código de Processo Paulista, art. 193, § 1.º: — “Poderão, entretanto, confessar, nos limites que a lei ou a autoridade competente lhes conceder, os representantes legais dos incapazes”. Combaten-o, e o dispositivo não foi incluído na lei, o sr. ALCANTARA MACHADO, “fazendo sentir que, em seu parecer, é requisito essencial da confissão, como dos atos jurídicos, em geral, a capacidade do confitente. Subscrive as palavras de JOÃO MONTEIRO: é inconcebível confissão feita pelo tutor

ou curador em causa do tutelado ou curatelado. Não há confundir com a confissão a transação que, autorizada pelo juiz, o tutor ou o curador podem fazer. A primeira importa em renúncia: a segunda pressupõe concessões mútuas em matéria litigiosa ou duvidosa?⁹⁵

e) — No antigo direito pátrio, não se permitia confissão do representante do incapaz.⁹⁶ Essa era a exegese que se dava ao art. 206, do Reg. n. 737, de 1850, e assim se expressavam os juizes e tribunais, do que é exemplo sentença do eminente ministro LAUDO DE CAMARGO.⁹⁷

Não há dúvida que a justificação, acima exposta, oferecida pelos que admitem a confissão do representante nos limites da autorização que a lei ou a autoridade competente lhe conceder, não há dúvida que se reveste de certo cunho lógico e concludente. Mas também não há dúvida que o incapaz merece ser e é amparado por uma proteção especial, tanto que é obrigatória a intervenção do Ministério Público, como órgão fiscalizador e de defesa dos incapazes, em todos os feitos em que estes sejam interessados (Cód. de Proc. Civil, art. 80, § 2.º).^{97-A}

Se, por um lado, ante o dever de dizer a verdade e ante a falta de razão de ordem lógica em contrário, justificada parece a confissão dos representantes dos incapazes, nos limites da autorização que a lei ou o juiz lhes concede, por outro lado, razões ponderosas, não só de ordem prática como de ordem eminentemente social, contrapondo-se àquelas, explicam a inadmissibilidade daquela confissão. As mesmas razões que levam à conclusão de que o menor púbere, mesmo autorizado pelo pai, não pode confessar validamente, exatamente porque assim se acautelam os seus interesses,⁹⁸ autorizam assentar-se, como regra, que os representantes dos incapazes não devem ser admitidos a confessar, mesmo quando a isso provocados.⁹⁹

95. *Anteprojeto do Código de Processo do Estado de S. Paulo*, 1.º v., p. 275.

96. PEREIRA E SOUSA, o. c., nota 466; MORAIS CARVALHO, o. c., § 429; RIBAS, o. c., art. 353; JOÃO MONTEIRO, o. e loc. citis.

97. LAUDO DE CAMARGO, o. e loc. citis.

97-A. ALFREDO BOZAD, *Anteprojeto cit.*, arts. 9.º e 273.

98. Vide n. 42, “a” e “b”.

99. Não pacífica a jurisprudência sobre o assunto. Decide-se, por um lado, que “o representante legal de incapaz tem qualidade para depor em nome do representado, que não pode confessar” (Ac. T. J. de São Paulo, rel. Des. VICENTE PENTELADO, em *Revista dos Tribunaes*, 149/186). Mas, por outro lado, também se decide na conformidade da teoria oposta, pois outro sentido não têm os seguintes acórdãos: “Não se admite confissão ficta quando é parte no feito menor impúbere” (Ac. T. J. do Distrito Federal, rel. Des. BURHÕES

94. RICCI, *Delle Prove*, n. 240; PACIFICI-MAZZONI, o. c., 2.º v., n. 226; LOMONACO, *Diritto Civile Italiano*, p. 695; PLANIOL, o. c., 1.º v., n. 17 e nota 1; FARRUGUETTES, *A lógica judiciária e a arte de julgar*, p. 90; MÁXIMO CASTRO, o. c., 1.º v., n. 564; PONTES DE MIRANDA a NEVES E CASTRO, nota à p. 80; RAFAEL SAMPAIO, *Ante-Projeto do Código de Processo do Estado de São Paulo*, 1.º v., p. 274.

Muito embora essa conclusão, nada impede possa o juiz, por deliberação própria, ou mediante provocação, ouvir o representante do incapaz, fundado, para isso, no art. 210, do Cód. de Proc. Civil. Mas, nesse caso, não o ouvirá como confitente, como parte, mas como terceiro — que outra coisa não é o representante do incapaz, — “a quem as partes ou terceiros hajam feito referência, como *su-bedor de fatos ou circunstâncias que influam na decisão da causa*”.¹⁰⁰

47. Ficou dito, mais de uma vez, que a confissão é ato da parte. Mas acontece que é lícito às pessoas, regra geral, fazerem-se representar na prática dos atos jurídicos em que são parte, por procuradores com poderes suficientes. Pelo mandato, o mandatário fica investido de poderes para agir em nome do mandante e representá-lo juridicamente, obrigando terceiros para com o mandante e este para com terceiros, como se o próprio mandante estivesse atuando em pessoa.¹⁰¹ Assim, a parte, por meio de mandatário, pode confessar, sem que deixe de ser ela mesma quem seja a confitente. Confessando por procurador, o princípio de que a confissão é ato da parte não se torna desrespeitado.

Como, porém, para confessar a parte deve ser capaz de obrigar-se; como a confissão, conquanto não seja propriamente uma renúncia, a esta se equipara; como a renúncia, que é quase sempre uma modalidade de transigir, ou a isso se assemelha, sempre é ato que exorbita da administração ordinária, e, pois, precisa o mandatário que lhe confira a mandante poderes expressos e especiais, segundo o princípio tradicional acolhido pelo Cód. Civil, art. 1.295, § 1.º, — a doutrina e a lei sempre exigiram que o *mandatário, para confessar, se ache munido de poderes especiais para tal fim*.

Daí a regra, no direito pátrio e estrangeiro, de que a confissão deve ser feita pela própria parte ou seu procurador com poderes especiais.¹⁰²

CARVALHO, em *Revista Forense*, 107/488). “O não comparecimento da inventariante, em pleito em que se empenha um espólio em que há menores interessados, não pode ter o efeito de confissão ficta” (Ac. T. J. de São Paulo, rel. Des. PERCIVAL DE OLIVEIRA, em *Revista dos Tribunais*, 156/667).

100. Vide n. 50. ALFREDO BUZARD, *Anteprojeto* cit., art. 370 n. 1.

101. CLÓVIS BEVILÁQUA, o. c., obs. ao art. 1.288; CARVALHO SANTOS, *Código Civil Interpretado*, 18.º v., p. 108.

102. Cód. Civ. Italiano, art. 2.731; Cód. Civ. Italiano, de 1885, art. 1.356; Cód. Civ. Francês, art. 1.356; Cód. de Proc. Civ. Português, de 1839, art. 562; Cód. de Proc. Civ. Brasileiro, art. 230; PEDRO BATISTA MARTINS, o. c., 2.º v., n. 39; PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de*

a) — No direito regido pelas Ordenações sustentava-se já, sem contestação séria, a exigência de poderes especiais para ser válida a confissão prestada por procurador.¹⁰³

No Reg. n. 737, de 1850, ficou expressamente disposto, art. 155: — “A confissão somente vale... sendo feita pela parte em pessoa, ou por procurador bastante e com poderes especiais”.

De outra forma não procederam os legisladores dos códigos de processo das unidades da Federação, que consignavam dispositivos idênticos.¹⁰⁴

b) — Na conformidade do direito tradicional, o Cód. de Proc. Civil, art. 230, preceitua, expressamente: — “Será válida a confissão da parte ou de mandatário com poderes especiais”.^{104-A}

Se para a confissão, quando prestada por procurador, reclama a lei, para que seja válida, haja a parte conferido a este poderes especiais, torna-se concludente que, na falta de tais poderes, não existe confissão.

c) — Mas qual o sentido da expressão — *poderes especiais*?

Convém se diga, desde logo, que com “poderes especiais” não se podem confundir os geralmente conferidos aos advogados para a defesa dos direitos das partes.¹⁰⁵ O próprio fato da lei exigir, para confissão, que o mandatário esteja munido de “poderes especiais”, põe em relevo a natureza diversa desses poderes da que é suficiente à defesa dos litigantes, eis que para este fim bastam os para procurar “*ad judicium*”. E, pois, a lei que se encarrega de sa-

Processo Civil, 2.º v., p. 209; JORGE AMERICANO, *Processo Civil e Comercial*, p. 38; *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, 1.º v., p. 359; FRAGA, o. c., 2.º v., p. 413; LESSONA, o. c., 1.º v., n. 339; RICOI, *Delle Prove*, n. 241; PACIFICI-MAZZONI, o. c., 2.º v., n. 226; G. PANDOLFELLI e outros, o. c., p. 81; BONNIER, *Traité des Preuves*, n. 287; PIANIOL, o. c., 2.º v., n. 27; FABREGUETTES, o. c., p. 90, nota 3; J. ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil de Portugal Anotado*, nota ao art. 562; JOÃO MONTEIRO, o. c., § 145.

103. LOBÃO, o. c., nota 448, n. 5; MORAIS CARVALHO, o. c., § 402; PAULA BATISTA, o. c., § 160; CORELHO DA ROCHA, o. c., § 167; RIBAS, o. c., art. 341.

104. Cód. de Processo de Pernambuco, art. 262; da Bahia, art. 165; do Espírito Santo, art. 165; do Estado do Rio de Janeiro, art. 1.238; de Minas Gerais, art. 267; do Distrito Federal, art. 191; de São Paulo, art. 275; de Santa Catarina, art. 700; do Rio Grande do Sul, art. 401.

104-A. ALFREDO BUZARD, *Anteprojeto* cit., art. 379, § único.

105. LESSONA, o. c., 1.º v., n. 421; JOÃO MONTEIRO, o. c. e loc. cit.; JORGE AMERICANO, *Processo Civil e Comercial*, loc. cit.; CARVALHO SANTOS, o. c., 3.º v., p. 301.

lentar que, para confessar, é necessário que o mandatário tenha poderes expressos, preceituando (Cód. de Proc. Civil, art. 108) que “a procuração que conter a cláusula ‘ad iudicia’ habilitará o procurador a praticar todos os atos do processo, dispensada a menção especial de outros poderes, salvo para receber a citação inicial, confessar, transigir, desistir, receber e dar quitação, e firmar compromisso”.¹⁰⁵ A De tal forma, o Cód. de Proc. Civil completa, interpretando, o art. 1.326, do Cód. Civil, pelo qual “a procuração para o fóro em geral não confere os poderes para os atos que os exigem especiais”.

Claro está, de consequente, que o mandatário, para confessar, não basta ter poderes para o fóro em geral; mister é que os haja especiais e expressos para aquêle fim.¹⁰⁶

Não só se justifica a exigência de tais poderes pelo que decorre do próprio caráter da confissão, como também “pela importância de que ela se reveste para a decisão final da causa.¹⁰⁷ Como é a parte quem confessa por procurador, “uma vez que este tenha poderes declaradamente especiais para a questão, é como se fosse a própria parte”.¹⁰⁸

Será, porém, bastante a cláusula genérica, inserida na procuração, autorizando o procurador a fazer confissões?

Pela negativa se manifesta CARVALHO SANTOS, que considera indispensável se especifique em que causa ou ação. “Vamos mais longe — escreve o eminente jurista. Entendemos mesmo que são necessários poderes especificados para confessar tais e tais fatos, ou, em globo, o direito da parte contrária, pois exigindo o Código poderes especiais, isto vale a exigir poderes para confessar tais fatos enumerados e especificados na procuração”.¹⁰⁹ Acompanha, assim, a lição de João MONTENHO: — “Dizemos poderes declaradamente especiais para a questão porque não devem bastar os que forem dados vagamente para fazer confissões — ou, como diziam os clássicos, *ad confitendum*; é preciso poderes para tal ou tal confissão. E a razão está na regra ou princípio geral de direito — que o procurador só pode prejudicar *in omnino* nunca *in committendo* — const. 1, 3, de *errore advocatorum* (II, 10); *potest quae sunt necessitatis non voluntatis*”.¹¹⁰ No mesmo sentido PONTES DE MIRANDA:

RANDA: “Não basta o instrumento que dê ao mandatário o poder de fazer confissões, ou confessar, *ad confitendum*. É preciso que se determine o objeto da confissão. Assim, para confissão de dívida, é preciso que a procuração dê poderes para confessar a dívida de tal quantia a uma determinada pessoa. Será imprópria a procuração que der poderes gerais para confessar dívidas, obrigações, atos ilícitos; é necessário especificar o objeto, a matéria a ser confessada”.¹¹¹ Poder-se-ia também reproduzir idêntica opinião de Afonso DIONÍSIO DA GAMA.¹¹²

Não há dúvida que êsses juristas esposam a melhor doutrina. A simples cláusula, vaga e genérica — “com poderes para confessar”, não satisfaz a exigência legal de que o procurador seja investido de “poderes especiais”. Com a doutrina está a jurisprudência.¹¹³

Certamente, não haverá necessidade de se mencionar no instrumento de mandato todos os pontos sobre que deva versar a confissão, pois então, como assinala ALCÂNTARA MACHADO,¹¹⁴ a confissão estava feita e acabada pelo próprio mandante, mas cumpre que daquele ao menos conste a indicação da causa, ou ação, que

111. PONTES DE MIRANDA e NEVES e CASTRO, nota “c” à p. 95.

112. Afonso DIONÍSIO DA GAMA, *Rev. dos Tribunais*, 29/3/79.

113. *Revista dos Tribunais*, 59/264; 85/581; 117/625. “Para a confissão, é preciso que o mandatário tenha poderes especiais, e determinados para fazer a confissão de que se tratar, evitando as travessuras dos advogados, segundo a observação de João MONTENHO, citando a Lobão”. (Ac. Supremo Tribunal Federal, *Revista do Supremo Tribunal*, 39/67).

“É admissível o depoimento por procurador, munido de poderes especiais”. (Ac. T. J. Minas Gerais, *Revista Forense*, 3/46).

“Para confissão judicial por mandatário não basta a outorga de poderes para fazer confissões, constar-lhes da parte impressa e ratificada do mandato; é necessário que sejam especiais ou para o caso em debate”. (Ac. T. J. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 85/581).

“Não causa dano irreparável o despacho que indefere o pedido de depoimento pessoal, sob fundamento de que o citado, para depor, é procurador geral, mas não é sócio ou representante legal da firma citada para depor”. (Ac. T. J. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 59/264).

“Para depor, a parte não pode fazer-se representar por seu advogado”. (Ac. T. J. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 117/615).

“Acrece que a afirmativa do advogado, mesmo quando feita na mesma causa, não vale como confissão da parte. Esta precisa ser feita pela própria parte ou procurador com poderes especiais para confessar determinados fatos”. (Ac. T. J. Alagoas, em *Revista Forense*, 88/227).

114. *Projeto do Código do Processo do Estado de São Paulo*, 1.º v., p. 275.

105-A. ALFREDO BUZARD, *Anteprojeto* cit., art. 47.

106. PEDRO BATISTA MARTINS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1.º v., p. 329; CARVALHO SANTOS, *Código de Processo Civil Interpretado*, 2.º v., p. 103.

107. CARVALHO SANTOS, o. e loc. cit.

108. JOÃO MONTENHO, o. e loc. cit.

109. CARVALHO SANTOS, o. c., 2.º v., p. 103; 3.º v., p. 301.

110. JOÃO MONTENHO, o. c., § 145, nota 5.

deixa ser confessada, ou em linhas gerais, os fatos que o mandante autoriza sejam reconhecidos pelo mandatário.

d) — Provoca divergência a questão relativa à admissibilidade do depoimento pessoal por meio de procurador com poderes especiais.

O depoimento pessoal, em si mesmo, como se verá mais adiante,¹¹⁵ não é confissão, mas apenas um modo de provocar-se a confissão. Por meio dele, pode o deponente, parte no feito, ser conduzido à confissão.

Como por meio dele se chega à confissão, há quem sustente, com apóio até em julgados, fundando-se na regra de que "quem pode o mais pode o menos", ser admissível depoimento por procurador com poderes especiais para confessar.

Mas redargui-se, com toda razão, que no depoimento a confissão não é espontânea, é provocada; ela decorre das perguntas sobre os fatos, formuladas pelo juiz ou pelo adversário. No depoimento, a parte é inquirida dos fatos sobre os quais versa a causa, devendo expô-los segundo a ciência que tiver, reconhecendo-os, ou não, verdadeiros. Trata-se de legítimo testemunho qualificado pelo sujeito, que não pode ser senão a parte. Daí o nome que ao instituto deu o direito pátrio — "*depoimento pessoal*" ou "*depoimento da parte*"; daí adotar-se para a inquirição da parte a "*forma prescrita para a inquirição de testemunhas*". "O procurador — como bem acentua CÂMARA LEAL — por mais instruído que esteja acerca da matéria a responder, não conhece os fatos pelo testemunho ocular e não os tem bem gravados na memória porque os não presenciou, mas apenas ouviu sua narrativa; e nem a parte, nem o procurador poderiam prever todas as perguntas que poderiam ser, no momento, formuladas pela parte contrária",¹¹⁶ ou pelo juiz.

Não admitem o depoimento pessoal por procurador os códigos de processo que mais influíram na formação jurídica nacional, o francês (art. 333), o alemão (arts. 414 a 418), o italiano, de 1865 (art. 218), o projeto definitivo do Código de Processo Civil italiano (art. 226),¹¹⁷ — nem mesmo se podia afirmar sua admissibilidade em face das Ordenações.¹¹⁸ Segundo CHIOVENDA, referindo-se à lei

115. Vide n. 64; cap. V.

116. CÂMARA LEAL, *Depoimento Pessoal*, n. 38.

117. O novo Cód. de Proc. Civil italiano, art. 117, dispõe: "O juiz, em qualquer fase ou grau do processo, tem a facilidade de ordenar o comparecimento pessoal das partes em contrário entre si para interrogá-las livremente sobre fatos da causa. As partes podem ser assistidas por seus defensores".

118. CÂMARA LEAL, o. e loc. cit.

italiana, a circunstância da lei exigir que a própria parte, em pessoa, deponha, corresponde mesmo a uma das "garantias" da prova produzida por esse meio.¹¹⁹ Com efeito, o simples fato de se conceber a hipótese do depoimento ser prestado por procurador conduz a admitir a lei a hipótese de ser alguém instruído para comparecer em juízo e enfrentar às perguntas que lhes serão formuladas, respondendo-as na conformidade das instruções do mandante. Seria modo fácil de safarem-se os litigantes menos "habilitados" das consequências que acarreta o depoimento pessoal, fazendo-se substituir por pessoas prevenidas e mesmo por profissionais do foro. Onde se encontraria a verdade, buscada pela prova, com semelhante depoimento?

Em face da lei processual vigente, a questão perdeu a importância que lhe dava a divergência aludida. Porque o Cód. de Proc. Civil assim se insereve: — "*Do depoimento pessoal e da confissão*". Com isso o legislador quis distinguir os dois institutos, o da confissão provocada e o da confissão espontânea. Traçou-lhes regras especiais de ordem processual: para o depoimento da parte, no art. 229 e seus parágrafos,^{119-A} para a confissão, no art. 230,^{119-B} Dizendo, no art. 230, que "*será válida a confissão da parte ou de mandatário com poderes especiais*", a lei quis ficasse certo que "a confissão que pode ser feita por procurador é a espontânea, não aquela outra, provocada, que somente poderá ser feita em depoimento pessoal, isto é, pela própria parte",¹²⁰

Certamente, porém, nada impede que a parte, notificada para prestar depoimento, desejando confessar, se faça representar naquele ato por meio de procurador com poderes especiais. Mas, nesse caso, o procurador não prestará propriamente depoimento, mas apenas, na conformidade dos poderes conferidos pelo mandante, confessará os fatos sobre os quais versa a causa, tomando-se o depoimento (melhor dir-se-ia, o termo de confissão). Fosse o sentido que se pode dar ao parágrafo 2.º do art. 230, dispondo que "*a confissão poderá ser feita por petição ou em depoimento*".¹²¹

119. CHIOVENDA, *Instituciones*, 3.º v., § 57, n. 328.

119-A. ALFREDO BUZARD, *Anteprojeto cit.*, art. 371 e ss.

119-B. ALFREDO BUZARD, *Anteprojeto cit.*, art. 378 e ss.

120. CARVALHO SANTOS, *Código de Processo Civil Interpretado*, 3.º v., p. 300.

121. Vide cap. IV

"O mandato é para a confissão; não para o depoimento". "Quem pode depor pode confessar em petição; porém nem todos os que podem confessar em petição podem depor" (PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.º v., p. 209).

— "Entendo que a confissão pode ser feita por meio de procurador, mas não o depoimento pessoal. O Cód. de Proc. Civil trata, no

48. As pessoas jurídicas de direito privado (C. Civil, art. 16), cuja personalidade jurídica é adquirida pelo arquivamento, ou inscrição, do seu contrato constitutivo no registro público peculiar, ou após autorização, ou aprovação do Governo, quando preciso (Cód. Civil, arts. 16, §§ 1.º e 2.º, 18; Cód. Comercial, arts. 300, 301, 302), são representadas, ativa e passivamente, nos atos judiciais e extrajudiciais, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não o designando, pelos seus diretores (Cód. Civil, arts. 17, 19, n. II; Cód. Comercial, art. 302, n. 3; Cód. de Proc. Civil, art. 86).^{121-A}

São os estatutos que traçam os poderes dos representantes. Segundo os poderes conferidos, podem êles confessar, ou não, pela representada.

a) — Se ao representante são conferidos poderes que impliquem em capacidade de dispor, tais os de alienar, transgír, ou renunciar, claro é que pode confessar, espontaneamente, por meio dêle, a pessoa jurídica de direito privado.

Quando ao representante sejam conferidos poderes restritos, de forma que não possa, por deliberação própria, dispor — como nos casos de para isso depender da aprovação dos demais sócios ou da assembleia geral — torna-se lógico que, espontaneamente, a pessoa jurídica não poderá confessar, salvo outorgando poderes especiais ao representante.

b) — Discute-se sôbre se podem prestar depoimento pessoal os representantes das pessoas jurídicas de direito privado, quando não são àqueles conferidos poderes de dispor.

mesmo capítulo, do depoimento pessoal e da confissão. Daí a dúvida. Mas tendo como certo que, quando o art. 230 dispõe que será válida a confissão da parte ou de mandatário com poderes especiais, se refere, quanto a esta última hipótese, à confissão mediante petição e não a que se faz em depoimento. Deixa-o ver o § 2.º do mesmo art. 230, ao declarar que a confissão poderá ser feita por petição ou em depoimento" (Ac. do Sup. Tribunal Federal, rel. Min. Luiz GALOTTI, em *Arguição Judicial*, 93/261).

"Na justiça comum o depoimento pessoal é ato de direito, da própria parte. Não se admite externado por procurador" (Ac. T. J. de São Paulo, rel. des. CANTIDIANO DE ALMEIDA, em *Revista dos Tribunais*, 230/378).

"Na sistemática do Código de Processo Civil Nacional o depoimento pessoal não pode ser prestado por intermédio de procurador" (Ac. T. Alçada de São Paulo, rel. o juiz ADHEMAR DE TOLEDO LYRA, em *Revista dos Tribunais*, 236/391).

"A jurisprudência tem-se inclinado pela inadmissibilidade de depoimento pessoal mediante procurador" (Ac. T. J. de São Paulo, rel. des. CARMO PINHO, em *Revista dos Tribunais*, 304/181).

121-A. ALFREDO BUZAIN, *Anteprojeto* cit., art. 16.

Em sentido negativo se manifesta CÂMARA LEAL. Para êsse ilustre escritor, "como o depoimento pode determinar a confissão e só podendo confessar quem pode transgír ou alienar, segue-se que o representante das pessoas jurídicas somente poderá ser coadjuvado quando a lei ou seus estatutos lhe conferirem a faculdade de confessar, transgír ou alienar". Daí — continua — a escusa legal admissível, extinguindo-se o representante de depor, sempre que por lei ou pelos estatutos está inibido de transgír ou alienar em nome da pessoa jurídica que representa.¹²²

Nesse sentido se têm pronunciado algumas vezes os tribunais, do que é exemplo acórdão da Relação de Minas Gerais decidindo que o gerente de um Banco, não podendo renunciar, confessar, dispor dos bens dêste, não podia ser constrangido a depor.¹²³

Tomado isoladamente, o argumento impressiona. Quando, porém, se encara a exata figura do representante da pessoa jurídica de direito privado, aquêle argumento se desfaz. O "representante", fôsse mero mandatário desta, certamente não poderia prestar depoimento por ela, sem que do mandato constassem poderes especiais que a tanto o autorizassem. Mas os "representantes" — embora assim os denomine a lei — antes são órgãos da pessoa jurídica do que mandatários dela e em certas ocasiões, como quando esta se acha em juízo, "substituem-se por assim dizer à pessoa representada, por isso mesmo que a personificam".¹²⁴

A propósito, pontifica J. X. CARVALHO DE MENDONÇA:

"Tem-se dito, aliás com bons fundamentos, que aos administradores ou gerentes, que servem de órgãos da sociedade, não cabe, em rigor, o nome, ordinariamente atribuído, de *representantes*. A representação supõe duas pessoas: o representante e o representado. O órgão, ao contrário, se identifica com a pessoa jurídica, cuja vontade exprime e realiza.

"Não se representa senão quem já existe, escreve GRUNKE. O representante substitui a sua personalidade jurídica por outra personalidade. O papel dos administradores de uma coletividade é diverso. Eles trazem do interior e manifestam exteriormente essa vontade coletiva e, ao mesmo tempo, uma, que se encontra na base da personalidade civil; servem de intermediários; são os órgãos. A vontade dos administradores, quando se produz na esfera de sua ação social, não é a vontade individual substituindo a de outrem, de modo a se poder distinguir duas personalidades diferentes; é a própria vontade do corpo social expressa pela sua personalidade.

122. CÂMARA LEAL, O. C., n. 60.

123. *Revista Forense*, 41/311.

124. JOSÉ ANTONIO NOGUEIRA, *Rev. dos Tribunais*, 59/175.

"Na Câmara belga, por ocasião de ser elaborada a Lei de 1873 sobre sociedades, Parniez disse: "quando os administradores inter-vêm, não são terceiros que intervêm pela sociedade, é a própria sociedade que age pelos seus órgãos legais, pelo único meio de ação direta que possui. Ora, a lei organizando corpos morais, determinou a sua representação física, facultando a esta o poder de praticar o necessário ao fim para que existem. Quando a administração da sociedade obra, é a própria sociedade que obra pelo meio mais direto; é sair da verdade jurídica considerá-la agindo por meio de terceiros".¹²⁵

Acrece que a pessoa jurídica, individualidade susceptível de direitos e obrigações idênticos à pessoa física, tem perante a lei, por isso mesmo, situação igual a esta. Gozando de direitos, está sujeita às obrigações correspondentes. Podendo chamar o adversário a depoimento pessoal, não pode ela própria eximir-se da obrigação de prestá-lo, quando provocada, sob a alegação de que o seu "representante", em virtude dos estatutos sociais, está impedido de depor. Aceitar uma tal escusa, seria admitir que a lei permitisse tivesse a pessoa jurídica, no ato da sua criação, o poder de auto-limitar extravagantemente a sua própria capacidade, tornando-se capaz de direitos e não de obrigações correspondentes; seria admitir que a lei concedesse a pessoa jurídica a prática de atos visados pelos estatutos, e lhe concedesse a possibilidade de escusar-se a reconhecê-los verdadeiros ou falsos, pelo fato de ser impedido de depor o seu órgão de manifestação externa, aquêle que a personifica.

Pode-se, pois, afirmar, e em muito boa companhia, que às pessoas jurídicas de direito privado, mesmo quando seus representantes, em vista de cláusula estatutária, não possam dispor livremente, não é vedado prestar em juízo depoimento pessoal, mesmo devendo a isso ser constrangidas, quando regulamentarmente provocadas. Assim se manifestam escritores eminentes¹²⁶ e assim se tem enca-minhado a jurisprudência dos tribunais pátrios.¹²⁷

125. J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, O. C., 3.º v., n. 608.

126. MOREIRA, *Procedura Civil*, 3.º v., p. 575. GARSONNET, *Traité de Procédure*, 2.º v., § 292; J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, O. C., 3.º v., n. 640; JOSÉ ANTÔNIO NOGUEIRA, O. e loc. cit.; JORGE AMERICANO, *Processo Civil e Commercial*, p. 54; DE PLACIDO E SILVA, O. C., 1.º v., nota 358; BONUMÁ, O. C., 2.º v., n. 246-A; FERREIRO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, 3.º v., n. 797; FONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.º v., p. 209.

127. "O depoimento pessoal de sociedade pode ser prestado por qualquer um dos seus administradores, nomeadamente se o que foi iniciado para isso tem poderes para representar aquela". (Ac. T. J. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 91/354).

Como elemento elucidativo, tenha-se em vista o que dispunha o Código de Processo da Bahia, art. 232: — "Nas controvérsias duma sociedade em nome coletivo, para os efeitos do depoimento, todos os sócios se consideram partes; nas duma sociedade em comandita têm êsse caráter os sócios solidários; em se tratando de outras pessoas jurídicas, serão ouvidos os representantes legais".

49. Discute-se quanto à confissão das pessoas jurídicas de direito público — União, Estados e Municípios.

Certo é que, dispondo sobre as partes e sua capacidade processual, o Cód. de Proc. Civil (liv. I, tit. VIII, cap. I) diz, no art. 87, como será representada em juízo a pessoa de direito público: — "A União será representada em juízo por seus procuradores; os Estados, por seus advogados ou procuradores; os Municípios, por seus prefeitos ou procuradores; o Distrito Federal e os Territórios, por seus procuradores".^{127-A}

"O art. 17 do Código Civil preceitua que as pessoas jurídicas são representadas, ativa e passivamente, nos atos judiciais e extra-judiciais, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não o designando, por seus diretores. Ora, no caso em julgamento, os estatutos designam de modo expresso o presidente para representar oficialmente o Banco" (Ac. T. J. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 86/314).

"Se, pelo contrato social, é a gerência exercida por mais de um sócio, é lícito a terceiro, que demanda a firma, pedir o depoimento de todos". (Ac. T. J. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 75/36). "Uma vez que qualquer dos gerentes podia representar a sociedade, cabia apenas ao agravaante o direito de pedir a citação de qualquer dos três. Permitir-se tomar, sem necessidade, o depoimento pessoal dos três gerentes, é conceder uma regalia que ultrapassa as raias da fidelidade, de exhibir prova, para entrar pela zona do capricho". (Votos vencidos dos desembargadores JÚLIO DE FARIA e AROSONO DE CARVALHO, *Revista dos Tribunais*, 75/37).

"Os administradores das sociedades anônimas têm qualidade para prestar depoimento pessoal e não podem fugir a essa "obrigação", porque são êles que "personificam" a sociedade. Pretender o contrário é desfazer, em parte, o utilíssimo mecanismo da ficção reconhecida expressamente na lei. É amputar à pessoa jurídica um dos seus meios de exteriorização, é não admitir a técnica instituída pelo legislador, é contrariar, em parte, do disposto nos arts. 13, 16 e 17, do citado Código Civil". (Despacho do dr. J. A. NOGUEIRA, *Revista dos Tribunais*, 59/175).

"Embora os estatutos de uma sociedade anônima não dêem poderes para transgír aos seus administradores, êstes, representando-a em juízo, podem depor pessoalmente, em nome dela". (Ac. T. J. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 52/137).

"É principio corrente em direito que aos gerentes, ou administradores, das pessoas jurídicas, não é vedado prestar em juízo o seu depoimento, sobre os fatos e artigos, que lhe são pessoais". (Ac. Córta de Apelação do Distrito Federal, *Revista de Direito*, 36/147).

127-A. ALFREDO BUZARD, *Anteprojeto cit.*, art. 16.

Será o representante — procurador ou advogado — habilitado para confessar em nome da representada, União, Estado, Município, Distrito Federal ou Território?

a) — É também certo que “*será válida a confissão da parte ou de mandatário com poderes especiais*” (Cód. de Proc. Civil, art. 230).^{127-B}

A parte é a pessoa de direito público, personificada pelo órgão do poder executivo — o presidente da União, os governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os prefeitos dos Municípios.

Seus procuradores ou advogados têm capacidade para representá-la em juízo, em todos os atos processuais, mas não a personificam. Não podem receber citação inicial, não podem transigir, nem mesmo em juízo, geralmente. Para que determinados procuradores sejam capazes de receber citação inicial, cumpre sejam para isso autorizados por lei especial, do que é exemplo o Decreto-lei n. 986, de 27 de dezembro de 1938, cujo art. 18 menciona os procuradores da União que podem ser citados inicialmente.

Como para receber citação inicial, transigir, desistir, também para confessar, o procurador, como mandatário, deve ter poderes especiais (Cód. de Proc. Civil, art. 108). Tanto quanto é preciso lei especial para indicar quais os representantes que podem receber citação inicial, não valendo a feita a qualquer procurador ou advogado, também o é para conceder a procuradores ou advogados poderes especiais que os autorizem validamente confessar. Somente os por essa forma autorizados, e não quaisquer outros, poderão confessar.

Sem a existência de lei nesse sentido, o representante — procurador ou advogado — somente poderá confessar se lhe forem conferidos, em cada caso, poderes expressos e especiais, como os procuradores em geral (Cód. de Proc. Civil, art. 108).¹²⁸

b) — CÂMARA LEAL advertia que “o representante da pessoa de direito público está, em regra, proibido de transigir ou alienar, sem permissão do poder competente, e, por isso, deve escusar-se a depor”, isto é, de prestar depoimento pessoal pela representada.¹²⁹

Contudo, a jurisprudência dos tribunais paulistas era no sentido de obrigar o representante a depor.¹³⁰ Sustentava-se, em favor dessa tese, que o procurador da Fazenda Pública “não é um simples advogado dela”, e sim “a representação física, em juízo, dessa persona-

127-B. ALFREDO BUZAM, *Anteprojeto* cit., art. 379, § único.

128. Vide n. 47

129. CÂMARA LEAL, *Depoimento Pessoal*, n. 60.

130. *Revista dos Tribunais*, 15/384; 36/24; 36/384; 70/43.

lidade jurídica”, “oficiando como órgão visível dessa entidade jurídica”, devendo ser compelido, pois, a cumprir os deveres inerentes à espécie de representação, dizendo o que sabe sobre o fato controvertido. “Se o representante da pessoa jurídica recebe não saber dos fatos, que se lhe perguntam, não deve converter essa ignorância em escusa de depor, pois a presunção é que saiba de tudo que interesse à entidade representada. Mas, se de algum fato não sabe, isso mesmo deverá dizer. O que não pode é escusar-se de depor, porque a recusa importa em dizer — ou que de nada sabe ou que é verdade o que o adversário alegou. Em qualquer desses casos, haverá uma traição à pessoa que representa.”¹³¹

Contrariando êsses argumentos, nos quais não encontrava “razão bastante”, dizia o eminente professor ALCANTARA MACHADO, quando se elaborava o Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo, que “o procurador fiscal é um advogado, que não tem poderes para confessar ou transigir, que está sujeito ao dever do ségrêdo profissional, e, “além disso, não tem, em regra, conhecimento pessoal dos fatos”. Entendia que o presidente do Estado, como chefe do poder executivo, como representante do Estado, é que devia depor. Mas concluía: “No entanto, por motivos de primeira importância, é justo que se lhe conceda o direito de fazer-se representar no ato por um de seus auxiliares ou por um dos procuradores judiciais da fazenda, o qual ficará *ipso facto* exonerado da obrigação de guardar segredo e investido dos poderes que nas circunstâncias ordinárias não possui”.¹³²

As judiciosas ponderações do ilustre professor, que, como disse, se inspiravam no art. 336, do Código de Processo Civil francês, levaram o legislador paulista, aliás muito sabiamente, a preceituar uma regra pela qual ficava o presidente do Estado autorizado a conferir aos seus secretários ou a procuradores judiciais poderes especiais para prestar depoimento pessoal. Era o preceituado no art. 286, do Código do Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo: — “Nas causas em que fôr parte o Estado, deporá o presidente, que, entretanto, poderá designar para fazê-lo um dos secretários de Estado ou o representante judicial no feito”. Cópia desse dispositivo se encontrava no art. 717, do Código de Processo do Estado de Santa Catarina.

Importa em dizer que os legisladores dêsses Estados reconheceram, e com fortes razões jurídicas, a necessidade de uma regra ex-

131. ARONSO JOSÉ DE CARVALHO, sentença na *Revista dos Tribunais*, 43/386.

132. *Projeto do Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo*, 1.º v., p. 292.

pressa que autorizasse o presidente ou governador do Estado a outorgar poderes especiais a determinados funcionários para, como representantes do poder público, prestar por este depoimento pessoal.

As razões que assim os fizeram reconhecer perduram atualmente, mesmo em face do Cód. de Proc. Civil em vigor. Os procuradores ou advogados da pessoa de direito público, com capacidade para representá-la, em juízo, não têm poderes, nem se encontram habilitados, apenas revestidos daquela capacidade, para depor. Para que deponham válidamente se toma mistér haja lei especial indicando aqueles procuradores ou advogados que tenham qualidades para isso ou que, em cada caso, sejam conferidos a dado procurador ou advogado, ou outro funcionário, poderes especiais e expressos que os habilitem a depor.

50. Convém se faça sentir a conveniência, mesmo a necessidade, muitas vezes observada, de se ouvir em depoimento a parte, ou seu representante, conquanto uma ou outro não possam válidamente confessar, por falta das condições legais para isso. Trata-se de menores púberes, que em bem da própria verdade devam ser ouvidos sobre fatos que lhes dizem respeito; de representantes de incapazes, que podem dizer com referência a atos, ou fatos, de que participaram pelos seus representantes ou assistidos; de falidos, que podem esclarecer atos, ou fatos, que envolvam interesses ou obrigações da massa; de procuradores como poderes de administração, que atuaram na efeição do negócio jurídico controvertido; de agentes de pessoas jurídicas, sem capacidade para falar em seu nome mas que foram personagem em fatos, ou atos, de cuja verdade precisa o juízo ficar de posse.

Nenhuma dessas pessoas pode confessar, ou por lhes faltar a capacidade jurídica indispensável para isso, ou por não serem parte no feito. Mas somente elas, às vezes, estarão em condições de elucidar convenientemente o juízo, expondo os fatos, esclarecendo circunstâncias, dissipando dúvidas. Deixar de ouvi-las seria, muitas vezes, prejudicar a verdade visada pelo processo e embaraçar se forme a legítima convicção do julgador.

Atendendo a essas razões, consente a lei, com apóio na melhor doutrina, possam ser ouvidas tais pessoas, mas seus depoimentos devem ser avaliados segundo as regras de avaliação da prova testemunhal, nunca podendo implicarem seus ditos em confissão. Assunto merecedor de maiores elucidações, e, na verdade, incabível neste capítulo, será devidamente ventilado noutro ponto deste trabalho.¹³³

III — ELEMENTO INTENCIONAL

51. Pela confissão, o confitente, *com ânimo de obrigá-lo*, reconhece como verdadeiros os fatos alegados pela parte contrária como fundamentais da ação ou da defesa. É o que se conclui da definição,¹³⁴ que, aceita, exige assim se ponha em evidência um terceiro elemento da confissão — *o elemento intencional*.

Esclarecendo, pode-se dizer que a parte, para reconhecer a verdade do fato alegado pelo adversário, deve estar suficientemente certa de que, assim procedendo, age de forma a praticar um ato do qual resultam conseqüências jurídicas contrárias ao seu interesse. Eis o elemento intencional, que, em regra resulta de

- a) — uma declaração
- b) — voluntária,
- c) — com ânimo de obrigá-lo (*animus confitendi*).

52. Para que haja confissão, em regra, exige-se uma declaração formal e expressa. No sentido próprio, que se lhe deve dar, a confissão reclama um ato declaratório, uma manifestação de vontade, no sentido de declaração voluntária.¹³⁵ Por isso mesmo se costuma dizer que na confissão há a *afirmação*¹³⁶ da parte de um fato que lhe é desfavorável.

Impõe-lhe a forma de *declaração* o direito estrangeiro.¹³⁷

Igualmente o direito pátrio, antigo e moderno. Ainda no regime das Ordenações, era imprescindível uma *declaração* como forma, por têmo nos autos, por artigos, por depoimento, e, quando

¹³⁴ Vide n. 14.

¹³⁵ LESSONA, O. C., 1.º v., n. 395; CHIOVENDA, *Institutiones*, § 61, n. 327; CARNELUTTI, *Sistema*, 1.º v., n. 311; SILVIO LESSONA, *Atto di citazione e confessione giudiziale*, em *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1.º v., parte II, p. 177 e ss.; UGO ROCCO, *Trattato di Diritto Processuale Civile*, 3.º v., p. 117; CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, 13.º v., 2.º tomo, n. 2.067; AUBRY ET RAU, O. C., 12.º v., § 751; BONNIER, *Traité des Preuves*, 2.ª ed., n. 289; GOLDSCHMIDT, *Derecho Processal Civil*, § 34, p. 189; MÁXIMO CASTRO, O. C., 1.º v., n. 576; JOÃO MONTEIRO, O. C., §§ 144 e 145; CARVALHO SANTOS, O. C., 3.º v., p. 276; BORGES DA ROSA, O. C., 1.º v., p. 542.

¹³⁶ CARNELUTTI, O. e loc. cit.; ROSENBERG, *Tratado de Derecho Processal Civil*, 2.º v., § 113; AUBRY ET RAU, O. e loc. cit.; JOÃO MONTEIRO, O. e loc. cit.; COVELLO, O. C., § 178; RAMALHO, *Praxe Brasileira*, § 175.

¹³⁷ Cód. Civ. Italiano, de 1865, art. 1.358; Cód. Civ. Francês, art. 1.356; Cód. Proc. Civ. Port., de 1939, arts. 562 e 568.

extrajudicial, por instrumento ou vocalmente.¹³⁸ Apresentava-se sob forma de termo nos autos, de depoimento, ou de respostas ao juiz, sempre, pois, como declaração, no regime do Reg. n. 737, de 1850.¹³⁹ Não discarpava, no tocante, o processo regulado pelos códigos das unidades da Federação.¹⁴⁰

Expresso é o Cód. de Proc. Civil, art. 230, § 2.º, regulando a confissão judicial: — “A confissão poderá ser feita por *petição ou em depoimento*”. Quer dizer que a confissão judicial sempre se apresentará como *declaração* que a parte faz em juízo.

a) — Contudo, numa hipótese, a omissão, o silêncio poderá acarretar confissão. Dar-se-á isso quando, notificada para prestar depoimento, a parte não comparece ou, comparecendo, se recusa a fazê-lo. Nesse caso, “será havida por confessa” (Cód. de Proc. Civil, art. 229 § 2.º).^{140-A} Ocorre o que se denomina *confissão presumida ou ficta*. Mas a hipótese, que servirá de matéria para capítulo especial,¹⁴¹ não contradiz a regra. Porque a confissão presumida decorre da obrigação que tem a parte de depor, isto é, da obrigação que tem de prestar declarações sobre os fatos litigiosos. Há como que uma manifestação de que a parte não pode negar tais fatos. Daí dizer-se que não se confessa com o silêncio senão quando há obrigação de responder.

53. A declaração deve ser *voluntária*, isto é, resultar de sentimento não viciado.¹⁴²

Manifestação de vontade do declarante de fixar como verdadeiros fatos que lhe são contrários, cujo reconhecimento lhe é desfavorável, a confissão, como todos os atos jurídicos, deve calcar-se num consentimento livre. “A confissão — escreve João Montenegro — é

138. Ord., liv. 1.º, tit. 24, §§ 19 e 20; liv. 3.º tit. 50, § 1.º; liv. 3.º, tit. 53, § 9.º; tit. 59, § 15; tit. 52, princ.; PEREIRA E SOUSA, O. C., §§ 227 e 228; MORAIS CARVALHO, O. C., §§ 401, 402, 407; RAMALHO, *Praxe*, § 175.

139. Reg. n. 737, de 1850, art. 162.

140. Cód. de Proc. de Pernambuco, art. 265; da Bahia, art. 173; do Espírito Santo, art. 169; do Rio de Janeiro, art. 1245; do Distrito Federal, art. 193; de São Paulo, art. 280; de Santa Catarina, art. 177; do Rio Grande do Sul, art. 406; de Minas, art. 292.

140-A. Alfredo Buzaid, *Anteprojeto cit.*, arts. 372, § único, e 374.

141. Vide cap. VI.

142. LESSONA, O. e loc. cit.; BONNIER, O. C., n. 292; MÁXIMO CASTRO, O. C., 1.º v., n. 576; NEVES E CASTRO, O. C., n. 76; JOÃO MONTENEGRO, O. C., § 145; JORGE AMERICANO, *Processo Civil e Commercial*, p. 36; FRAGA, O. C., 2.º v., p. 413; PEREIRA E SOUSA, O. C., nota 460; MORAIS CARVALHO, O. C., § 395; RAMALHO, *Praxe Brasileira*, § 176; LOBÃO, O. C., nota 436; MATTIROLI, O. C., 2.º v., n. 695 e ss.; ARSINA, O. C., 2.º v., p. 235.

ato de vontade, expressa ou tácita; portanto, como todo ato voluntário, deve partir de um consentimento livre ou não viciado”. E acrescenta, citando PEREZ: — *Libera emissa sit confessio; nam si quis, meta compulsus, in se aliquá confessus esset, confessio non nasceret*.¹⁴³

Por isso mesmo dizia BONNIER, e é pacífico na doutrina, na lei e na jurisprudência, como toda declaração feita em juízo, a confissão pode ser retratada quando obtida por violência, dolo ou êrro.¹⁴⁴ Importa em dizer que “não vale, pois, a confissão extorquida com força, ou por medo, como a que se fazia outrora entre tormentos, a confissão havida por dolosas persuasões, a que é feita no calor da ira ou do arrebatamento”.¹⁴⁵

O Cód. de Proc. Civil, afirmando a doutrina, que exige valha como confissão apenas a declaração feita voluntariamente, isto é, livremente, sem qualquer vício de consentimento, assegura, no art. 231, possa “*ser retratada por êrro de fato, até o julgamento definitivo da causa, ou, em qualquer tempo, em ação direta, quando obtida por dolo ou violência*”.^{145-A}

Aliás, o direito pátrio sempre dispôs expressamente quanto à necessidade de ser a confissão a manifestação de vontade livre.¹⁴⁶ Assim no tempo das Ordenações,¹⁴⁷ como no do Reg. n. 737, de 1850,¹⁴⁸ e dos códigos de processo das unidades da Federação.¹⁴⁹

De capital importância o assunto, porque, como se disse, o vício da vontade retira às declarações da parte o caráter de confissão, será mais amplamente explanado no capítulo dedicado à retratabilidade desta.¹⁵⁰

143. João Montenegro, O. e loc. cit.; PEREZ, *Prælect.*, em *Cod.*, I, VII, tit. 9, *apud* LESSONA, O. e loc. cit.; MATTIROLI, O. C., 2.º v., n. 704.

144. BONNIER, O. e loc. cit.; MATTIROLI, O. C., 2.º v., n. 704.

145. PEREIRA E SOUSA, O. e loc. cit.

145-A. Alfredo Buzaid, *Anteprojeto cit.*, art. 382.

146. “Considera-se hoje que a confissão faz prova somente quando é livre, e que tanto mais vale quanto mais espontânea é.” (GORNE, *L'Appréciation des Preuves en Justice*, ed. 1947, p. 219). Sobre a liberdade da confissão, assunto que é intimamente ligado ao da sua sinceridade, ver GORNE, O. C., p. 218 e ss., e autores aí citados.

147. PEREIRA E SOUSA, O. C., § 226; MERO FREIRE, O. C., liv. 4.º tit. 20, § 2.º; LOBÃO, O. C., nota 436; MORAIS CARVALHO, O. e loc. cit.; SOUSA PINTO, O. C., §§ 1.077 e 1.082; RAMALHO O. e loc. cit.

148. Reg. n. 737, de 1850, art. 155; BENTO DE FARIÁ, *Reg. n. 737*, nota 107.

149. Cód. de Proc. de Pernambuco, arts. 262 e 269; da Bahia, arts. 166 e 169; do Espírito Santo, art. 163; do Rio de Janeiro, art. 1238; do Distrito Federal, art. 191; de São Paulo, art. 281; do Rio Grande do Sul, art. 401; de Minas Gerais, arts. 266 e 270.

150. Vide cap. IX.

54. Certamente, como tóda declaração de vontade, esta se revela pelo objetivo a que visa. Ou melhor, a vontade, manifestada pela declaração, tem em vista alguma coisa. Na confissão, a vontade se manifesta reconhecendo verdadeiros fatos contrários ao interesse do confitente e favoráveis ao adversário. É a intenção de confessar, o *animus confitendi*, de renunciar ao próprio direito ou de fornecer uma prova ao adversário.¹⁵¹

Quer dizer que não basta, para a existência de uma confissão válida, que a pessoa reconheça fatos dos quais resultam consequências jurídicas contra ela. É mister mais alguma coisa. É necessário que, com sua declaração, queira ela criar, ou, mais precisamente, tenha ela a intenção de criar, com o reconhecimento de tais fatos, uma prova em favor do adversário.¹⁵² Tal a importância desse elemento — a intenção de criar uma prova em favor do adversário — que não pode êle deixar de integrar, de modo expresso, a definição de confissão.¹⁵³ Assim, por exemplo, a definição de BERRIO: — “Confissão é a declaração pela qual uma pessoa, capaz de obrigar-se, com a intenção de criar uma prova em favor de outra parte, reconhece como verdadeiro um fato suscetível, por sua natureza, de produzir contra si consequências jurídicas.”¹⁵⁴

Explica bem o que seja intenção de confessar esta definição de PASCARONE: — é a confissão a declaração que se faz com o propósito de que o adversário dela se aproveite.¹⁵⁵ Também mui clara a conceituação de AINSINÁ, para quem o *animus confitendi* não é outra coisa senão a consciência, o conhecimento cabal de que pela confissão se fornece uma prova ao adversário.¹⁵⁶

a) — Contudo, negam alguns escritores seja imprescindível a manifestação do *animus confitendi*, para que na declaração se encontre confissão.

151. LESSONA, O. C., 1.º V., n. 395; GROHER, O. C., 1.º V., n. 388 e nota à p. 504; REMENTI, *Diritto Processuale Civile*, ed. 1947, 1.º V., n. 79; GIORGIANNI (Michele), *Il Negozio d'Accertamento*, ed. 1939, n. 61, p. 157; BERRIO (Adolfo), *Confessione*, em *Dizionario Pratico del Diritto Privato*, de SCIALOJA; AUBRY ET RAU, O. C., 12.º V., § 751; MÁXIMO CASTRO, O. C., 1.º V., p. 542; AINSINÁ, O. C., 2.º V., p. 235; JOÃO MONTEIRO, O. C., § 144; FRAGA, O. C., 2.º V., p. 413; BORGES DA ROSA, O. C., 1.º V., p. 542.
152. LESSONA, O. e loc. citis.; REMENTI, O. e loc. citis.; GIORGIANNI, O. e loc. citis.; BERRIO, O. e loc. citis.
153. Vide ns. 12-13.
154. BERRIO, O. C., n. 2.
155. PASCARONE, *La Logica del Diritto*, p. 121.
156. AINSINÁ, O. C., 2.º V., p. 236. Cf. REMENTI, *Diritto Processuale Civile*, 1.º V., n. 79; em vista da gravidade dos efeitos da confissão, “reclama-se uma certa consciência dos efeitos, que os antigos chamavam de *animus confitendi*”.

Entre êles, GOLDSCHMIDT, que considera indiferente que o confitente haja ou não querido o efeito probatório resultante da confissão e que haja tido, ou não, consciência desse efeito (*animus confitendi*).¹⁵⁷ Semelhantemente COVELLO, segundo quem é ociosa a indagação do *animus confitendi*, isto é, da intenção seja de renunciar o próprio direito, seja de fornecer prova ao adversário.¹⁵⁸

Assim entendem os partidários dessa opinião, entre os quais está CARVALHO SANTOS, porque a confissão pode ser feita sem que o confitente se preocupe com as consequências da declaração, que pode mesmo existir sem qualquer predisposta intenção.¹⁵⁹

Poder-se-á responder a êsse argumento dizendo que, com efeito, na grande maioria dos negócios jurídicos, o declarante chega mesmo a ignorar os seus efeitos e se satisfaz com os objetivos práticos que pretende conseguir e que a regra jurídica tutela. Mas nem por isso a vontade deixou de ser a parte essencial ou nuclear do ato jurídico. Tanto que seja uma declaração de vontade, dever-se-á atender mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem.¹⁶⁰ Daí só se conceber como confissão a declaração que vise manifestamente o reconhecimento dos fatos, ou atos, em que o adversário funde o seu direito. É a intenção de afirmar a verdade, conquanto em prejuízo dos próprios interesses.

Bem porque se deve atender à intenção, bem por isso é que não se pode dizer haja confissão nas declarações que o declarante faz com o propósito de auferir vantagens ou não prejudicar-se.¹⁶¹

Ainda por isso é que simples alegações e sustentações em apóio de um sistema de defesa não podem constituir confissão, mesmo quando reiteradas em depoimento.¹⁶² A calhar esta decisão citada

157. GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal Civil*, p. 198. Cf. ROSENBERG, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2.º V., § 113; ANDRIOLI, *Confessione*, n. 10, em *Notissimo Digesto Italiano*.

158. COVELLO, *Manuale di Diritto Civile Italiano*, 4.ª ed., 1929, p. 545.

159. CARVALHO SANTOS, O. C., 3.º V., p. 276.

160. Cód. Civ. brasileiro, art. 85; Cód. Civ. francês, art. 1156; Cód. Civ. Ital., de 1865, art. 1.131; JOSÉ AUGUSTO CÉSAR, *Ensaio sobre os atos jurídicos*, §§ 5.º e 6.º; CHOVIS BEVILAQUA, *Código Civil Brasileiro Comentado*, obs. ao art. 85. LIEBMAN, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, 2.º V., n. 216, entende que “na confissão existe naturalmente um elemento voluntário, mas êsse não é outro que a vontade de fazer a declaração, na convicção de que seja verdadeiro o fato que confessa, independentemente da ciência das consequências que dela podem derivar. Este elemento psicológico é o que sobrevive do tradicional requisito do *animus confitendi*”.

161. LESSONA, O. C., 1.º V., n. 396.

162. LESSONA, O. C., 1.º V., n. 427; RICCI, *Delle Prove*, n. 237; BONNIER, O. C., n. 291; JOÃO MONTEIRO, O. e loc. citis.

por FARRUCURTRES: "Devem ser considerados como simples meios de defesa e não como uma verdadeira confissão judicial as declarações e denegações inseridas por uma das partes nos motivos das suas conclusões, sempre que não hajam sido feitas com a intenção de habilitar os adversários a invocá-las como um reconhecimento autêntico e refletido dos fatos a que respeitam".¹⁶³

b) — Mas daí, da importância da intenção na confissão não é de concluir-se, apressadamente, se considere inexistente o *animus confitendi* apenas porque o declarante o negue. "Importa não confundir o *animus confitendi* com o efeito que a parte declara querer atribuir à sua confissão".¹⁶⁴

A contradição entre a declaração e a vontade, para invalidar o ato, além de precisar ser provada, deve ser justificada pelo reconhecimento da atuação sobre esta de um dos vícios do consentimento. Por isso mesmo a declaração, que deve ser livre, voluntária, somente valerá como confissão quando feita por quem seja parte no feito e juridicamente capaz.

Em todo o caso, à sabedoria do juiz pertence, em face das declarações e do procedimento da parte no processo, apurar sua intenção, considerando-as ou não confissão no sentido rigoroso e próprio desse instituto.¹⁶⁵ Assim é que o Tribunal de Apelação de São Paulo, apreciando uma escritura, a que se atribuiu valor de confissão, decidiu que não lhe reconhecia êsse caráter porque o interesse do negócio predominava sobre o "*animus confitendi*".¹⁶⁶

c) — Mesmo nas confissões provocadas, resultantes de depoimento pessoal, deve-se ter em vista a intenção do declarante.

Na verdade, a parte é notificada para depor, sob pena de confissão. Daí, por ser constrangida, por certa forma, a prestar declarações, sob a coação de ser havida por confessa, parece que a confissão, produzida num depoimento, não é voluntária e, conseqüentemente, não é selada com o "*animus confitendi*".

Mas, na verdade, uma tal confissão não deixa de ser voluntária.¹⁶⁷ Mesmo porque a voluntariedade da confissão se aprecia precisamente na *maneira de depor*. Conquanto constrangida a vir a juízo para prestar declarações, a parte tem liberdade de reconhecer, ou não, os fatos, ou atos, arguidos pelo adversário e nos quais

163. FARRUCURTRES, O. C., p. 95.

164. LESSONA, O. C., 1.º v., n. 396.

165. LESSONA, O. e loc. cit.; DALOZ, *Repertoire Alphabetique*, vdo. *Aven*, n. 139; FARRUCURTRES, O. e loc. cit.

166. *Revista dos Tribunais*, 108/869; 114/417.

167. JORGE AMERICANO, *Processo Civil e Comercial*, p. 48; CARVALHO SANTOS, O. C., 3.º v., p. 276; ALSINA, O. C., 2.º v., p. 236.

êste funda o seu direito. Reconhecendo-os verdadeiros, age segundo sua vontade e com o propósito de dirimir a litigiosidade d'êles, isto é, com a intenção de fornecer uma prova ao adversário relativamente aos fatos, ou atos, sobre os quais é arguida.

Exatamente por isso, para que do depoimento pessoal possa resultar confissão, indispensável é que seja êle revestido de garantias assecutorórias ao depoente da maior liberdade, de modo se confira às suas respostas cunho de verdade e de sinceridade.¹⁶⁸ Nem por outra razão o próprio juiz é quem deverá tomar o depoimento (Cód. de Proc. Civil, art. 229, § 1.º, comb. com o art. 245).¹⁶⁹ Pondo o depoente à vontade, de forma a inspirar-lhe confiança,¹⁷⁰ permitindo-lhe sempre a assistência de seu defensor.¹⁷¹ Não por outro motivo CARNELUTTI aconselha ao juiz tomar tôdas as cautelas que sirvam de garantia à seriedade e sinceridade das respostas, dispondo por forma que estas sejam dadas em presença de determinadas pessoas.¹⁷²

Aliás, bem considerado, o *animus confitendi*, como se viu, segundo a conceituação de ALSINA, que bem se aplica às confissões provocadas por depoimento pessoal, "não é, na realidade, outra coisa senão a consciência, o conhecimento cabal de que pela confissão se fornece prova ao adversário.¹⁷³ Livre e garantido o depoente de responder conforme lhe parecer, e consciente de que tais sejam suas respostas estará subministrando prova ao antagonista, resulta que, quando importem em confissão, foram elas proferidas com a intenção de dizer a verdade e de confessar.¹⁷⁴

168. ГОРПНЕ, O. C., p. 219.

169. Vide n. 140.

170. "Interrogar é uma arte, que é preciso utilizar-se com lealdade e habilidade, inspirando confiança ao interrogado, tendo em consideração o seu caráter, tanto pessoal como criminal" (ГОРПНЕ, O. C., p. 220).

171. Cód. de Proc. Civ. Italiano, art. 117.

172. CARNELUTTI, *Progetto di Codice di Procedura Civile*, art. 106.

173. ALSINA, O. C., 2.º v., p. 236.

174. Conforme a doutrina se decidiu que "a revelia do réu, o seu simples silêncio não equivale à confissão do direito do autor. Seu não comparecimento a juízo para defender-se não deixa transparecer sua *intenção*, não sendo razoável, portanto, que se lhe atribua o ânimo de confessar" (Ac. T. J. de Alagoas, rel. Des. MEROVEU MENDONÇA, em *Revista de Jurisprudência Brasileira*, 73/93, apud ALEXANDRE DE PAULA, O. C., 7.º v., p. 290, n. 8.895).